DE PRÆJUDICIALIBUS EXCEPTIONIBUS DISSERTATIO...

Oskar Bulow



MISCELLANEE
288
6
BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE FIRENZE





6

De

præjudicialibus exceptionibus.

Dissertatio,

quam

ad impetrandam veniam legendi

in

literarum universitate Heidelbergensi

scripsit

Oscarus Bülow,

doctor juris utriusque.

Heidelbergae,

apud Bangel et Schmitt.

MDCCCLXIII.

De

præjudicialibus exceptionibus.

Dissertatio,

quam

ad impetrandam veniam legendi

in

literarum universitate Heidelbergensi

scripsit

Oscarus Bülow,

doctor juris utriusque.

175 Bül Os



Heidelbergae,

apud Bangel et Schmitt.

MDCCCLXIII.





Praefatio.

Inveterata opinio est ac vulgatissima, inveniri in jure Romano exceptiones vel praescriptiones, quae non ad ipsam rem in judicium deductam, sed ad ordinem judicii pertineant. Dubitanti mihi de hac opinione inprimis etiam de praejudicialibus exceptionibus accuratius quaerendum erat. Qua ratione quum totam naturam praejudicialium exceptionum rectius cognovisse mihi videar, jam hanc commentationem separatam propono. De universis istis, quae ad ordinem judicii pertinere dicuntur, exceptionibus libello propediem in publicum emittendo disseram.

De praejudicialibus exceptionibus.

Variis vocis praejudicii significationibus non satis distinctis, factum est, ut notio praejudicialium exceptionum admodum obscuraretur.[1]) Diu obtinebat perplexa Raevardi[2]) doctrina. Etiam nostra aetate Brackenhöft[3]) notiones praejudicialium actionum et exceptionum permiscuit.[4]) Primus Planck[5]) dispares praejudiciorum significationes certis separavit limitibus et ita novam exceptionibus quoque praejudicialibus cognoscendis attulit lucem. Simillime ac Planck de his exceptionibus ceteri viri docti judicaverunt, quicunque post eum de hac re scripserunt.[6])

---

1) Cf. O Bülow, de praejudicialibus formulis (Vratislaviae 1859) § 2 p. 20—26

2) Libri II. de praejudiciis (in opp. Frankofurt. 1601 p. 815—867)

3) „Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverh.“ (cap 4, p. 351—466), „Erörterungen zu Linde's Lehrb“ (§ 54—56).

4) A Brackenhöft non ita multum dissentiunt: Bethmann-Hollweg, Versuche p 123 sqq, Zimmern, Gesch. des röm. Privatr III, § 96. Leist, de praejud in concursu caus. crim. et civ. (Goett. 1840) §. 5—10.

5) „Die Mehrheit der Rechtsstreitigk“ (1844) (p 162—247, 487—516)

6) Puchta, Institutionen (ed 5) II. §. 171 p 175, 176, Keller Civilpr. § 43, Rudorff, Rechtsgesch. II. § 83 p. 118, Buchka, Einfluss des Proz. auf das materielle Streitverh. I. p. 309—311. — Dernburg, über das Verh der Hered. petitio zu den erbschaftl. Singularklagen (Heidelberg, 1852) cognitionem unius exceptionis „quod praejudicium non fiat hereditati“ elegantissimis adauxit animadversionibus de quibus vide infra passim adnotata De universarum vero praejudicialium exceptionum ratione nihil novi proposuit. — Wetzell, System des ord Civilpr. § 84 p. 705—716, Planckii Dernburgiique sententiam plenissime ad hanc gravissimam juris hodierni disciplinam illustrandam

Quamvis vero ita multi, qui antea invaluerant, errores remoti sint, tamen longe abest, ut omnes evanuerint. Nondum praejudiciales exceptiones recte definitae sunt, sed etiam confusae cum alio diversissimo juris Romani instituto.

Generaliter quidem in jure Romano sancitur, ne per minorem causam majori cognitioni praejudicium fiat.[7]) Sed nusquam cavetur, ut de omni praejudicio prohibendo in modum exceptionis agatur. Imo generalis ulla exceptio „quod praejudicium rei majori non fiat" non invenitur. Paucae, quae exstant exceptiones „quod praejudicium hereditati, praedio, in reum capitis non fiat" specialibus quibusdam continentur conditionibus. Praeterea vero etiam multae et variae praejudiciales causae incidunt, de quibus ipsum praetorem cognovisse legimus et nulla exceptione interveniente sustinuisse vel distulisse minorem causam, quoad de re majore judicaretur.[8]) Hae causae, quae per praetoris notionem dirimebantur, quum in libris juris Romani separatae sunt, tum nobis separandae sunt ab illis causis, quae in exceptiones deducebantur.

Nihilominus omnes ad unum scriptores[9]) contrarium

---

adhibuit. — Contra C F Koch, Anleitung zur Preuss. Processpraxis (1860) I. p 93—98, Planckium quidem laudat, genuinam vero ejus doctrinam minime profert, sed etiam pristino more varias praejudicii verbi significationes confundit.

7) L. 54 de jud. (5, 1); cf. infra cap. 2 in fine.

8) Singulae praejudiciales causae, quae aut in exceptionem aut in cognitionem veniebant, infra (cap. 2 sum. I.) enumeratae sunt.

9) Cujacius in opp. (Venet. 1758) VII p. 214, 156, VIII. p 1064, observat. IX. 27, Zimmern l. c § 96 p 300; Bethmann-Hollweg, Versuche p 123—126; Savigny, System VI. p. 465 k., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. (ed. 1) III. § 191 not. 16 § 192 not. 21, Heimbach, Rechtslexicon III. p. 761 sqq; Leist, de praejud. p. 66; Planck, Mehrheit §. 28, 29 et passim; Puchta, Institut. §. 171; L. Pfeiffer, Zeitschrift für Civilr und Proz., N F XI p. 103 not. 48; Keller, Civilpr. p. 173 not. 401, semestria ad Tullium II. p 364, III. 554 not. 33; Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. p 111 ad not. 37, p 116 not. 19—27, Wetzell, System 1 in not. 6 cit, praecipue p. 710 not. 62. — Unus Brackenhöft, Identität §. 19, p. 400, 401 aliquatenus studet illas causas distinguere, at etiam ipse quidem ita, ut statuat, in utrisque quasdam exceptiones, licet varias locum habuisse.

statuunt. Credunt, quarum caussarum nomine praejudiciales exceptiones propositae fuerint, de iis etiam praetorem ipsum cognoscere potuisse: contra de quibus causis praetor cognovisse tradatur, ob eas etiam praejudiciales exceptiones dari potuisse. Itaque non dubitant locos, quibus de sustinenda per praetoris decretum minore causa agitur, ita interpretari, quasi iis de praejudicialibus exceptionibus agatur: qua ratione varias, quae in jure Romano non nominantur, effingunt exceptiones: „quod praejudicium rei majoris pecuniae, libertati, de testamento cognituro, publico judicio non fiat."

Primum quidem principia hujus doctrinae refellam. Deinde, qualis mihi videatur inter cognitionem et exceptionem praejudicii prohibendi causa intervenientem intercedere ratio, exponendum erit. Denique id, quod mihi potissimum hac commentatione probandum proposui, efficiam, praejudiciales exceptiones non, ut communi statuitur consensu, [10]) ad ordinem judicii, sed ad ipsam rem in judicium deductam pertinere. [11])

---

10) Quo quidem opinio illa a scriptoribus in nota 9 citatis comprobata necessario perducit; vide inprimis Planck ll in not. 13 citt., Dernburg, Verh. der hered. pet. § 4, p. 34, § 5 p. 48, Pfeiffer l. c., Scheuerl, Institut. p. 124, Wetzell, Syst. § 14 p. 88 not. 73 § 64 p. 710, Rudorff, röm. Rechtsgesch. II p. 118 f. f., Keller, Civilpr. p. 175, Savigny, System V § 227 p. 177, cf. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen II. p. 162—180, Schrader ad § 10 11. Institut. de except. (4, 13); Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I. p. 262, 263.

11) Nominatim non de praescriptionibus, sed de exceptionibus praejudicialibus disputabo. Ceterum quaecunque exponentur, quoniam non de forma sed de interna earum ratione erunt, aeque ad praejudiciales praescriptiones valebunt. Falsa, quam impugno, doctrina factum est, ut adhuc nimia opera consumi soleat in exceptionibus et praescriptionibus praejudicialibus distinguendis, cf. infra not. 148.

Cap. 1.

Que ratione fieri potuerit, ut in iisdem causis modo exceptio praejudicialis daretur, modo ipse magistratus cognosceret, Planck[12]) ita explicat. In unaquaque causa magistratus officium fuisse, ut dispiceret, num judicio dictato quid praejudicii cui rei majori futnrum esset.[13]) Ubi sine mora et quasi primo aspectu animadvertisset, per actionem postulatam rei majori praejudicium futurum esse, actionem interim denegatam esse. Contra si perspexisset quaestionem esse impeditam vel longinquiorem, exceptionem praejudicialem datam esse. Dernburg[14]) vero etiam alios modos enumerat, quibus de ejusdem generis praejudiciis disceptari potuerit. Asseverat, si ipsi magistratui non libuisset de praejudicio cognoscere, olim licitnm ei fuisse, de hac quaestione arbitrum dare. Postea praetores maluisse loco hujus arbitri exceptionem constituere. Praeterea certis quibusdam praejudiciorum conditionibus — scilicet si de praejudicio hereditati imminente quaerendum esset — aliquam praescriptionem pro reo receptam praesto fuisse, quin insuper aliam praescriptionem pro actore accomodatam.

En fatendum, hac quadruplici vel quincuplici defensiono Romanos tutissime contra quodcunque praejudicii periculum armatos fuisse! At quum alioquin ignoremus, in jure Romano tam large et liberaliter ob eandem causam compluria juris remedia simul comparata fuisse, extemplo haec quidem praejudicialium defensionum copia aliquid suspicionis habet. Imo ne id quidem probari poterit, quod et exceptio et praetoris cognitio utraque ad omnes invicem praejudiciales quaestiones utilis fuerit.

---

12) L. c. §. 29 p. 204—219. Cf Zimmern, Rechtsgesch. III. p. 300. Reliqui auctores hanc argumentationem non ipsi quidem exsequuntur, at Planckio assentiunt, cf Rudorff ad Puchta, Institut. §. 171 not. p.

13) Planck, l. in not. 5 cit. praecipue med p 163, med. p 177, p. 202 not. 11 i. f, p. 206, med. p. 210, p 227, med. p. 499, cf. infra not. 24.

14) Verh. der Hered. pet. § 4 p 34—36, § 5 p 48—50.

Ante omnia objiciendum est, ne ullum quidem in libris juris Romani deprehendi vestigium istius conditionis, sub qua aut solius praetoris cognitio aut etiam exceptio — vel arbitri datio, praescriptiones reo actorique competentes — locum habuisse dicitur. Loci, quibus de praejudicio prohibendo agitur,[15]) minime ad quandam facilitatem aut difficultatem praejudicii in specie proposita probandi respiciunt. Quam quidem in partem Planck[16]) l. 16 de exceptionibus (44, 1 — Africanus libr. IX. Quaest.) allegat:

si viam petam, exceptionem, quod praejudicium praedio non fiat, utilem tibi fore putavit, videlicet, quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim, fundum Titianum meum esse.

Sed his ultimis verbis (videlicet — esse) tantum argumentum affertur, cur in hoc casu aliquod praejudicium praedio fiat, et ita exceptio ista, quae data fuerit, teneat. Neque tamen explicatur, cur de hoc praejudicio potius exceptio danda sit, quam per praetoris decretum judicandum.[17]) Imo illud, quod in minore judicio de re majore „probandum" sit, non minus desideratur ad decretum praejudicii causa interponendum, quam ad exceptionem praejudicialem. Ut exemplo legis 24 §. 3. 4 de lib. causa (40, 12) utar: si contra eum, cujus de libertate controversia est, de aliqua re pecuniaria agam, praejudicium libertati futurum est: videlicet quod non aliter pecuniam mihi deberi probaturus sim, quam prius probatum erit, debitorem liberae esse conditionis. Nihilominus l. 24 cit. non dicitur ullam exceptionem „quod praejudicium libertati non fiat" dari, sed se ipsum interponere praetorem. Neque igitur in casu

15) Vide infra cap 2, sub I

16) L. c. § 29 p. 208 not. 10 — In l. 7 §. 2 de her. pet (5, 3) quam praeterea affert, non de praejudiciali exceptione sermo est, sed de aliqua praedictione cf. infra not. 65

17) Omnino hoc loco non de deliberatione exceptionis dandae aut ipsius praetoriae cognitionis interponendae quaeritur, sed quaeritur, num exceptio, quae data sit, reo „utilis" sit Qua dictione quaestionem, quae ad judicem pertineat, contineri, quum alioquin constat (Koller Civilpr § 35 not. 375), tum a Planckio ipso conceditur (l. c. p. 200 not. 15.)

l. 16 cit. necessitas illa de dominio fundi Titiani probandi ullum argumentum praebet, cur potius exceptioni, quam cognitioni locus sit. Neve fortasse quis dicat, ideo in l. 16 cit exceptionem locum habere quod in hoc casu probatio praejudicialis rationis, quae inter fundi vindicationem et servitutis petitionem intercedat, difficilior sit. Nihil quidem de tali difficultate ab Africano commemoratur. Imo hujus praejudicialis rationis probatio non difficilior est, quam exempli gratia illius praejudicialis rationis, quae inter liberale judicium et debiti petitionem in l. 24 § 3 de lib. causa cit. intercedere dicitur. Etenim praetor non minus habet notum, quod viae petitio e probando dominio ejus fundi, cui via debeatur, pendet, quam quod petitio debiti e debitoris libertate.

Quum ita ista doctrina nullo fontium nititur adminiculo, tum praetermittit certissima eorum testimonia: videlicet discrimen negligitur, quod a Romanis strictissime inter jus et judicium, inter jus dicentis et judicantis officium observatum est.

Si omnes praejudiciales quaestiones in formam exceptionis deduci potuissent, non etiam simul de iis magistratui cognoscere licuisset Didici quidem, si de veritate ullius exceptionis jam in jure inter litigatores non ambigeretur, rem non ad judicium venisse, sed actionem denegatam esse; neque dubium est, quin idem etiam de praejudicialibus exceptionibus juris fuerit. Sed ita denegandis actionibus magistratus non de ulla re dubia controversave cognoscebat vel judicabat, sed potius, quod controversia nulla aderat, supervacaneum erat de ea judicari. Illa vero cognitio, quae de praejudicio prohibendo undique magistratui competiisse, dicitur, ut omnis cognitio, aliquantum disceptationis continet et spectat ad ipsos casus, ubi inter litigatores decernendum est, num actione postulata rei majori praejudicium fiat. Quod autem magistratus de iis rebus, quarum causa exceptiones comparatae erant, cognoverit et disceptaverit, alias inauditum est. De exceptionibus controversis utique judici judicandum erat. Si magistratus de iis judicasset, judicis partes praeoccupasset.

Contra si verum esset, quod illi viri docti premunt, omnem cognitionem de praejudicio prohibendo ad **magistratus officium** pertinuisse,[18]) sequeretur, ut omnimodo magistratus, non judices hanc cognitionem exercuissent. Omnino nullae praejudiciales anatae essent exceptiones. Qua enim tandem ex causa praetor animum inducere potuit, ne aliquam cognitionem, quae ad suum officium pertineret, ad finem perduceret? Utrum ob taedium hujusmodi oneris suscipiendi, an ideo, quod alia negotia occupatior erat, quam qui huic uni quaestioni dirimendae vacaret? Videtur potius posterior causa afferri.[19]) Quae quidem argumentatio nititur in illa, quae etiam atque etiam circumfertur, opinione, tamquam apud Romanos de actionibus et controversiis principaliter magistratibus judicandum fuerit et tantum propterea, quod pauci magistratus in dies majore negotiorum multitudine obruebantur, judicum datio introducta fuerit. Quasi vero Romani crescente urbe atque imperio numerum magistratuum non auxerint! Sane si fuisset magistratibus de civium juribus, actionibus, exceptionibus judicandum, aptius et expeditius fuisset, etiam ampliorem creari numerum magistratuum, donec pares essent muneribus, quaecunque iis obvenirent. Saltem postea-

---

18) **Plank** ll in not. 13 citt, **Dernburg** p 34, 35, 48, 49.

19) **Dernburg** § 5 p 48 (cf p. 35) „Je mehr sich aber die Gerichtssprengel vermehrten, je verwickelter die Verhältnisse wurden, desto häufiger und schwieriger zu entscheiden waren die prozesshindernden Einreden. — Da schien es dann bald einfacher und kürzer, die Untersuchung über die Zulässigkeit der Klage an den Richter der Hauptsache zu verweisen. Dies konnte aber nur geschehen durch Aufstellung einer exceptio." — Similem rationem judicationis a magistratu ad judicem transferendae ponunt **Savigny**, System VI. § 284 p. 287, **Rudorff** ad **Puchta** Inst. II p 180 § 171 not. p, Rechtsgesch. II § 1 p. 3 initio, **Rau**, Archiv f d. civ. Praxis XXXVIII p 217, 218. cf **Donellus**, comment. de jure civ. XVII 21 §. 3, **Bethmann-Hollweg**, Handb. I p 17. — Huc redit etiam illud, quod magistratui de jure, judici de facto judicandum fuisse creditur (cf **Platner**, de sententia praetoris Marburg 1880 p. 1).

quam partes jus dicendi praetori reservatae, judicandi judici assignatae erant, praetori non jam licuerit suis se muneribus abdicare et, si quid ante litem contestatam conficiendum erat, id interdum judici post litis contestationem dijudicandum tradere. Quodsi, ut illi contendunt, magistratui munus de praejudicio cognoscendi obtigerat, tum, si hanc cognitionem, ubi onerosior aut probationibus implicita esset,[20] ad judicem transmisisset, officio suo defuisset.[21]

Verum per istam, quam impugno, doctrinam officia magistratus et judicis non solum permutantur, sed etiam quodammodo in partes dissecantur. Contenditur, vel de una eademque quaestione, quae de praejudicio moveatur, partim praetorem cognoscere partim judicem judicare: etiam ubi praejudicialis exceptio detur, antecedere aliquam praetoris cognitionem.[22] Atque adeo Planck[23] — siquidem ejus sententiam recte intellexerim[24] — censet, praejudicialem exceptionem non dari, nisi praetor haec tria in proposita actione locum habere perspexerit: 1) quod verisimile est, rem majorem, cui praejudicium fieri reus contendit, aliquando in judicium deductum iri, 2) quod ipse,

---

20) Certe non ita fugerunt probationis necessitatem magistratus, si qua ad suum officium pertineret quaestio Saepe ante actionem dandam probationes exigendae erant de quaestionibus, quae ad ordinandum judicium pertinebant, velut de legitima persona standi in judicio, de foro, ceteris. —

21) Quantopere magistratui cavendum fuerit, ne qua res suae cognitioni reservata in exceptionem vel replicationem veniret, perspicitur ex gr ex l. 9 § 4 de jurejur. (12, 2)

22) Huc tendit etiam istud, quod dicitur, ex statu causae aut planae aut complicatae praetorem aestimare, utrum ipsi sit de praejudicio decernendum, an potius exceptioni dandae locus Ut sciret, utrum causa plana an complicata esset, primum causa praetori pernoscenda erat.

23) L. c. §. 29 p. 210—220

24) Pag 210 verb „damit sie ertheilt werden könne," p. 213 „daher wurde jetzt — gewöhnlich die praescriptio verweigert und nur dann gegeben," p. 215 „so wird nicht die Einrede gegeben," „die Einrede wird gegeben," p 219 „die Formel wird allenfalls gegeben", cf p 227, 231.

qui de re minore agit, etiam de re majore agere poterit, 3) quod de re majore nondum actum est.

At in locis a Planckio citatis — iis quidem, qui omnino de praejudiciali exceptione loquuntur,[25]) — dicitur: actorem exceptione excludi posse, exceptionem non nocere (l. 1 §. 1 fam. herc. 10, 2), actorem exceptione non repelli, exceptionem locum habere (l. 25 §. 17 de hered. pet. 5, 3), citra metum exceptionis agi posse (l. 49 eod.), exceptionem non obstare (l. 13 de exc. 44, 1). Quas dictiones satis constat non tam ita adhiberi, si de danda aut deneganda exceptione a praetore deliberatur, quam si a judice quaeritur, num data exceptio teneat.[26]) Una quidem in hoc numero l. 19 §. 1 de her. pet. (5, 3 — Paulus libr. 20 ad Ed.) occurrit, in qua de danda aliqua exceptione sermo est:[27])

Quodsi pro emtore usucapio ab herede impleta sit, non veniet

---

25) Plerique loci ab eo allegati (§. 20 not. 19—25) de causis agunt ubi nulla exceptio datur, sed judicium ab ipso praetore sustinetur, cf. infra cap. 2 anm. I, 2.

26) De dictionibus „exceptione excludi, repelli, summoveri“ vide l. 3 si cui plus (35, 3), l. 3 vi bonor. raptor. (47, 8), l. 11 de option. (33, 5), l. 22, l. 30 §. 1 de adimend. (34, 4), l. 71 §. 3 de cond. (35, 1); de voce „exceptionem nocere“ l. 1 §. 11 de itinere actuque (43, 19), l. 23 de exc. rei jud. (44, 2 — cf. not. 35), l. 73 § 2 de V. O. (45, 1), l. 6 vi bonor. (47, 8), Gs 4, 126, 127, 128; „exceptionem locum habere“ l. 36 de rec (4, 8), l. 1 §. 2 de Sc. Maced. (14, 6), l. 89 de cond (35, 1), l. 17 pr. de doli exc. (44, 4); „exceptionem obstare“ l. 10 de Sc. Maced. (14, 6), l. 27 pr. de evict. 21, 2 („exceptiones — objectae et obstant“) et infra not. 36 ad l. 18 de exc. — Quamquam me non fugit, nonnunquam etiam de dandis vel denegandis exceptionibus in hunc modum dici, puta „excludi exceptione“ (l. 42 pr. de jurejur. 12. 2) „summoveri exceptione“ (l. 1 §. 10, 11 quar. rerum actio 44, 5, cf § 6 eod.) Sed hoc ita contingit, si de exceptione in aliam personam, velut fidejussorem vel heredem transferenda agitur et ita de formula concipienda quaeritur. Tamen etiam in hujusmodi casibus frequentius dicitur · exceptionem accommodari (§. 4 J. de repl. 4, 14), competere (l. 32 de pactis 2, 14, l. 7, 16 de exc 44, 1, l. 4 § 16 de doli exc. 44, 4, l. 3 pr. de popul. act. 47, 23), exceptione succurri (l. 6 §. 3 ad Sc. Maced. 14, 6).

27) Planck p. 216 De l. 16 de exc. 44, 1 (— an exceptio obstet an deneganda sit —) a Planckio hanc in partem citata vide infra cap. 2 num. I. 1 d, not. 68—82

in hereditatis petitione, quia heres, id est petitor, eam vindicare potest, non ulla exceptio datur possessori.

Nihil vero de praejudiciali exceptione Paullus dicit. Quin nisi de doli vel aliqua in factum vel utili exceptione cogitaverit,[28]) potius de exceptione rei judicatae senserit. Etenim si res ab herede usucapta et ab hereditatis possessore possessa in hereditatis petitione non restituitur, periculum esse videtur, ne heres rem usucaptam amittat; nam regulariter, si quis hereditate petita ab eodem reo[29]) res singulas petat, exceptione rei judicatae summovebitur.[30]) At in casu a Paullo proposito hoc periculum non subitur, quoniam in vindicatione rei ab herede — non a defuncto — usucaptae non repetetur hereditatis controversia, neque igitur exceptio rei judicatae huic vindicationi obstabit. Itaque eo, quod in proposito exceptio rei judicatae non datur, aptissime demonstratur, cur non iniquum sit, rem usucaptam in hereditatis petitionem non venire. — Non de exceptione „quod praejudicium hereditati non fiat" hoc loco agi, inde intelligitur, quod haec quidem exceptio non obstat, nisi ante litem de hereditate contestatam.[31]) In proposito autem de aliqua hereditatis petitione disputatur, ex qua judici quaerendum sit, quaenam res in judicationem veniant: videlicet de hereditatis petitione jam in judicium deducta. Quodsi Paullus de

28) Hujusmodi potissimum exceptiones iis locis continentur, quibus nomen exceptionis non exprimitur. l. 3 § 1 nautae (4, 9), l. 1 §. 15 si cui plus (35, 3), l. 27 §. 7 ad Sc. Trebell. (36, 1). l. 3 §. 18 de Carbon. ed. (37, 10), l. 1 § 4 de superfic. (43, 18), l. 4 §. 1 de doli exc. (44, 4), l. 71 pr. de furt. (47, 2), l. 17 § 8 de injur. (47, 10), cf. l. 21 de praescript. verb. (19, 5), l. 67 de donat. inter virum (24, 1).

29) Manifesto de quadam exceptione disseritur h. l., quae inter hereditatis possessorem et petitorem danda sit. Nam in tota l. 19 de her. pet. de ejusmodi controversiis agitur, quae inter has personas moventur cf. Dernburg l. c. p. 80 n. 48. Praeterea etiam exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat," quae non possessori hereditatis competat, non invenitur, cf. infra cap. 2 num. I. 2 a not. 72. 77, IV. not. 156.

30) L. 3, l. 7 §. 4 de exc. rei jud. 44, 2 „ — si hereditate petita singulas res petat — exceptione summovebitur."

31) L. 13 de exc. (44, 1), vide infra cap. 2 num. I. initio.

praejudiciali exceptione sensissat, ei de hac exceptione tamquam de praeterita et prius institutae vindicationi opposita dicendum fuisset.[32]) — Sed licet hoc loco praejudicialis exceptio contineri possit, tamen nihil inde ad illam Planckii sententiam probandam efficitur. Nam si ponamus, hoc loco de vindicatione ante hereditatem petitam instituta agi et ita de praejudiciali exceptione deneganda, tamen haec exceptio ob eam causam denegetur, quod hereditatis petitioni nihil commune sit cum ista vindicatione rei ab herede usucaptae, id est, ob eam causam, quod in hoc casu omnino nullum praejudicium rei majori fieri potest. At quod praetor praejudicialis exceptionis permittendae causa etiam de hac causa deliberaverit, Planck non contendit neque hanc causam in numerum illarum trium, quas proposuit, recepit.

Apertissime vero contra Planckii sententiam statuitur in l. 1 §. 1 fam. herc. (10, 2 — Gajus libr. 6 ad ed. prov.):[33])

> Quae quidem actio (sc. familiae herciscundae) nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet, sed si is, qui possidet, neget, eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat. — Quodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit, nisi enim coheres sit, neque adjudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

Planck contendit, praetori, antequam praejudicialem exceptionem daret, explorandum fuisse, num is, qui de re minore ageret, etiam de re majore agere posset. Quodsi cui familiae herciscundae agere volenti objiciatur exceptio „quod praejudicium hareditati non fiat“, ex Planckii sen-

32) De diversis h. l. interpretationibus vide Dernburg l. c. p. 80 81, qui et ipse praejudicialem credit significari exceptionem praeter exceptionem rei in judicium deductae. Etiam Cujacius ad h. l. (ad libr. 20 Paul. ad Ed. opp. Venet. V. p. 256) et Vangerow, Pand. §. 106, II. p. 410 credunt de praejudiciali exceptione agi.

33) Vide Planck p. 211—213. Similiter ac Planck etiam Brinz, Lehrb. der Pand. §. 165 p. 701 arbitratur, possidenti heredi familiae herciscundae judicium denegari, non exceptionem contra eum dari.

tentia praetori cognoscendum erit, num actor suam hereditatis partem possideat: qui enim hereditatem ipse possidet, eam petere non poterit. Videamus, num l. c. statuatur, praetori talem cognitionem suscipiendam esse.

Nihil ejusmodi statuitur. Nullam causae cognitionem intervenire adnotatur. In prima parte l. c. dicitur possessionem hereditariae partis facere ad eam quaestionem an exceptio „obstet" vel actorem „excludat." An vero exceptio „obstet" vel actorem „excludat" non a praetore, sed a judice quaeri explicavimus.[34]) In extrema autem parte l. c. de ipso casu disputatur, quo is, qui familiae herciscundae agit, non etiam hereditatem petere potest, quum jam suam hereditatis partem possideat. Tamen etiam ita nihil de exceptione deneganda praecipitur. Imo dicitur, exceptionem non „nocere." Quae dictio etiam certius indicat, exceptionem non denegari, sed datam a judice reprobari.[35])

Denique omnino in dando accipiendoque familiae herciscundae judicio non de possessione hereditatis cognosci, apertissime praecipitur l. 25 §. 2 fam. herc. (10, 2 Paullus libro 23 ad Ed):

Quantum vero ad accipiendum familiae erciscundae judicium, nihil interest, possideat quis hereditatem, nec ne.[36])

34) Not. 26

35) Vide Not. 26, praecipue l 23 de exc. rei jud (44, 2). „Si in judicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat talis exceptio, quia enim non competit, nec opposita nocet," ubi Ulpianus subtiliter distinguit, quod exceptio competit quidem et opponitur (id est in jure postulatur ac datur), neque tamen nocet, (id est, a judice improbatur). De integra, quae olim fuerit hujus loci forma et conditione cf Huschke, Gajus Beiträge, p 184, 185

36) Keller, semestria ad Tullium II. p. 289 not. 10 in hac lege offendit, tamquam cum l. 1 §. 1 fam. herc pugnante Qua ratione eam ad eos casus restringere vult, quibus nulla hereditatis controversia incidat At Paullus generaliter de omni familiae herciscundae judicio loquitur et id quidem rectissime. Quantum ad accipiendum dandumque judicium, exceptionem praejudicialem concedendam aut denegandam judiciumve decreto praetoris sustinendum, denique quod ad praetoris officium attineat, nihil vidimus examinari, utrum actor an reus possideat

Google

Jam vero etiam alia ex parte ratio non constat, quod praetor ante dandam praejudicialem exceptionem istam plenam interposuerit causae cognitionem. Si praetor eo pervenit, ut exceptionem det, omnis illa, quae antecessisse dicitur, praejudicialis causae probatio frustra facta est. Nam quum eae causae, de quibus Planck apud praetorem constare debuisse contendit, verbis formulae exceptionis non exprimantur, liberum erit judici, hac in re consilium praetoris non sequi: utpote, si praetor ideo, quod vidit fundum Titianum a reo possideri, exceptionem „quod praejudicium praedio non fiat" dederit, tamen judici, verbis exceptionis non obstricto, licebit arbitrari, etsi reus fundum Titianum possideat, tamen exceptioni locum non esse. Deinde licebit etiam partibus, et ipsis formula non impeditis, eas allegationes, quas coram praetore attulerant, in judicio mutare praetorisque arbitrium ad irritum redigere. [37]

hereditariam partem. Haec possessionis quaestio est mere judicialis, per praejudicialem exceptionem utique dandam in judicium introducenda. Nihil est, quod aliud Paulus l. c. proferat, non negat, quin in judicio haec possessionis quaestio quidquam momenti allatura sit; tantum negat, quod in jure, scilicet quod ad accipiendum judicium attinet, de ea cognoscatur. Etiam ceteroquin vero potissimum Paulum solere inter officium magistratus et judicis distinguere, animadvertit Huschke, Zeitschrift f. Civilr. u. Proz. N. F. II. p. 181. — L. 30 comm. div. (10, 3) quidem a Keller cum l. c. collata non simile statuitur, neque enim de accipiendo judicio, sed de „recte agendo" dicitur: agere vero vel „agere posse" potissimum ad judicis officium referendum est, cf. Muxen, üb. Beweislast, Einreden (1861) §. 3 p. 35—46. — Illa quidem, quae l. 25 § 2 cit. statuuntur, locum habent, si solum familiae herciscundae judicium postulatur. Si simul hereditatis petitio dictatur, de possessionis ac de tota praejudiciali quaestione ipsi praetori cognoscendum est: l. 51 §. 1 h. t., cf. infra circa not. 66—66

37) Videlicet ista praetoris cognitio in praecipiendis exaudiendisque allegationibus contenta fuerit, quae, quum non formula exprimerentur, partibus postea apud judicem perorando proferendae essent. An vero quis dixerit, per hanc cognitionem ullam probationem allegationum exactam fuisse? Haec reputanti nequaquam videbitur verisimile esse, quod Dernburg p. 35, 48, nullo testimonio allato, conjicit, de praejudicialibus quaestionibus olim arbitros datos esse. Vix enim arbiter ob nullam aliam causam constitutus fuerit, nisi ut partes coram eo judicialem

Itaque de tota praejudiciali exceptione, sicut de totis ceteris exceptionibus soli judici judicandum erat, non etiam simul praetori cognoscendum. Magistratus cognitio in dandis vel denegandis exceptionibus non ultra formulae verba valebat. Minime examinabat, num singulae conditiones, quibus, formula non expressis, formulae verba postea apud judicem implenda erant, in proposito adessent, neque unquam de veritate exceptionis cognoscebat.[38]) Ergo etiam quaecunque in Edicto singulae propositae erant praejudiciales exceptiones utique reis, qui eas postulabant, dabantur, si quidem non a natura ejus actionis, cui objiciebantur, abhorrerent. Judici aestimandum erat, an datae exceptiones tenerent. Itaque etiam, quas Planck enumerat, causas tres, praeter alias quidem multas, concurrere opus erat ad

---

orationem anticiperent: quam ne omnem partem postea in judicio ipso mutaret, nihil obstaret! Etiam ceteroquin arbitros invenimus de probatione vel computatione quadam datos esse, vix autem ad judicium praeparandum: vide ll. ab ipso Dernburg p. 35 not. 7 et a Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. §. 8 not. 12—24 citt., ad quos adde: l. 7 pr. de jure delib. (28, 8), l. 109 §. 1 de legat. I. (30), l. 12 de legat. III. (32), l. 50 §. 1 de condit. (35, 1), l. 35 de bonis libertor. (38, 2), l. 1 §. 7 si is qui testamento (47, 4), cf. l. 32 §. 16 de rec. (4, 8). Ad judicia praeparanda potius praejudicia reddebantur: oratio Cicer. pro Quinctio, Pauli sent. V 9 §. 1 de quo loco cf. Bülow de praejud. form. p. 16—27, interpretationem ibi propositam comprobavit Rudorff, Rechtsgesch. II. p. 131 not. 11, p. 134 not. 2, p. 212 not. 8, qui antea aliter statuerat (Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV p. 391 not. 92), diversam interpretationem proponit Huschke ad h. l. (Jurispr. antejust. p. 486 not. 7).

38) Ut ipsarum dilatoriarum exceptionum exemplis utar: an, si praetor de veritate cognovisset, unquam fieri potuisset, ut contra mulierem ulla cognitoria procuratoriave exceptio, quod ei non liceret alieno nomine agere, daretur? Hoc vane impedimentum utique praetori ante oculos positum erat. Similiter omnimodo de veritate exceptionum litis dividuae et rei residuae praetori liquere debuerit. Id ipsum, quod tales exceptiones in Edicto proponebantur, satis probat, nunquam praetorem exceptionem neque actionem ideo denegasse, quod sibi de ejus veritate liqueret. Etiam causae cognitio, quae in quibusdam exceptionibus dandis locum habuisse traditur, non tam ad causae probationem, quam ad formulam concipiendam vel mutandam pertinebat. De universa ratione exceptionum et actionum dandarum vel denegandarum, adhuc aliquantum obscura, spero fore ut mox peculiari libello accuratius disseram.

praejudicialem exceptionem coram judice probandam, non magistratui dandam.

Tantum si tertia illarum conditionum, scilicet quod nondum lis de re majore contestata est, cessaret, concedo praejudicialem exceptionem non datam esse. At de hac conditione praetor non eo consilio cognovit, ut sciret an exceptio praejudicialis admitti posset. Imo infra exponetur, si judicia de re majore et minore simul instituerentur, vel alterum pendente altero, praetoris officium fuisse, ipso jure actionem de re minore sustinere, donec de re majore judicaretur.[39]) Quum vero ita praetor ex officio judicium de re minore interim non daret, sane non praesto erat ulla formula, cui qua exceptio posset inseri. Itaque etiam praejudicialis exceptio ex illa tertia causa non propter singularem hujus unius exceptionis naturam denegabatur, sed idcirco, quod ulla actione deficiente neque ulla exceptio objici potest.[40])

Cap. 2.

Demonstravi, fieri non potuisse, ut de omnibus praejudicii prohibendi causis et magistratus cognosceret et judex per exceptionem judicaret. Sed de unoquoque alterutri disceptandum erat. Quum vero tradatur, de praejudiciis prohibendis modo ipsum magistratum decrevisse, modo exceptionem dedisse, arbitrandum erit, alias causas ad solam praetoriam cognitionem, alias ad solas exceptiones pertinuisse. Quaenam sit ratio, quae inter utrasque causas intercedat, sequenti'mus ostendetur.

In quam quidem disquisitionem eae causae non vocabuntur, in quibus nomine rei majoris, cui dicitur praejudicium fieri non debere, nulla propria actio inventa est. Inter

---

39) Vide infra cap. 2 num. I. 2, IV.

40) Cf. praecipue infra circa not. 58—61 ad l. 18 de except. et circa not. 66—69 ad l. 51 § 1 fam. herc.

omnes enim constat, hanc, de qua agitur, praejudiciorum prohibitionem ad rationem, quae inter duas actiones locum habeat, respicere. Pro lata vero vocis praejudicii significatione Romani nonnunquam dicunt praejudicium fieri non debere etiam ei rei, quae non in propriam actionem deduci potest, sed de qua in illa ipsa actione judicandum est, per quam praejudicium fieri nolunt. Hunc in modum imprimis in tit. D. ne de statu defunctorum post quinquennium agatur (40, 15) cavetur, ne praejudicium fiat statui ante quinquennium mortui.[41]) Hic vero tota de statu mortui quaestio in ipso judicio, quod propter praejudicii periculum cessare debet, inclusa est. Nam „principaliter de statu defuncti agi non potest."[42]) Memorantur quidem in l. 1 pr. § 1 h. t. quaedam speciales quaestiones, quae de statu defuncti locum habeant. Quae videntur esse de collusione perperam ingenui pronuntiati detegenda.[43]) At has ipsas collusionis quaestiones Divus Marcus non solum non ultra quinquennium post mortem, sed ne post sententiam quidem pro ingenuitate dictam admisit.[44]) Etiamsi igitur aliud judicium, puta pecuniarium, in qua de statu defuncti probandum esset, propter praejudicium, quod statui ante quinquennium defuncti fierat, excludi dicebatur, tamen non jam supererat proprium status judicium, cui ullum praejudicium fieri posset. Itaque etiam Planck[45]) ceterique hanc praejudicii cujusdam mentionem e materia nobis tractanda excluserunt: nisi quod sibi non constant, quum nihilominus l. 4 § 1 h. t. ad hanc ipsam materiam illustrandam invocent.[46])

---

41) L. 1 pr. § 2, l. 4 §. 1 h. t.

42) L. 10 C. de lib. ca. 7, 16 (Diocl. et Maxim.); cf. Bülow, de praejud. form. p. 18 not. 61, p. 48 not. 35.

43) Tit. D. 40, 16.

44) L. 2 pr. de collus. deteg. (40, 16).

45) L. c. p. 203 not. 12, Breckenhöft p. 377 not. 8 hunc titulum etiam ad praejudiciales exceptiones trahit.

46) Planck, §. 28 p. 198 not. 4, §. 30 p. 220 not. 1; Keller Civilpr. § 43 not. 491, Rudorff, Rechtsgesch. II. p. 118 not. 24, Wetzell, System § 64 p. 709 not. 40.

Alicubi dicitur, status hereditatisque paternae controversiam, quae impuberi moveatur, differri intem pus pubertatis, ne ejus status praejudicetur:[47]) etsi multo saepius commemoratione praejudicii omissa dicitur illas controversias sustinendas esse.[48]) Etiam illic vero non proprie de aliquo praejudicio sermo est. Neque enim adest aliud futurum status judicium, (— actio da re majore —) quod exspectetur, donec de hereditate paterna (— tamquam actione de re minoro —) sententia fieri possit. Non quaeritur de praejudiciali ratione, quae inter duo diversa judicia intercedat. Imo in ipso hereditatis judicio, quod sustinendum est, de statu, cui non praejudicandum est, judicatur. Ubicunque enim ab extraneis vel etiam fratribus ceterisve cognatis impuberi ideo, quod non filius defuncti fuerit, hereditatis controversia movetur, de hac incidente status quaestione nulla propria actio praejudicialisve formula proposita est.[49]) Tantum si quando ipse impuberis pater impuberem neget filium suum esse idcircoque eum avi mortui heredem non exstitisse contendat,[50]) ant si quis illum impuberem, qui hereditatem paternam suam esse dicat, suum servum esse contendat,[51]) separatum de statu judicium locum habet. Sed haec status judicia omnes alias actioues, quae inter easdem partes instituantur, absumunt vel in se recipiunt. Itaque etiam sic, quum ipso jure alia judicia institui non possint, nou jam de praejudicio, quod status judicio per aliud judicium afferatur, dici potest —

---

47) L. 3 §. 11 de Carb. ed. (37, 10). cf l. 10 eod.

48) L. 1 pr. §. 10, l 3 §. 5, 7, 10, l 8 § 1, l. 7 §. 1, 7, l. 8 de Carbon. ed. (37, 10); l. 7 §. 1 de ventre (37, 8); l. 2 § 2 de colline deteg (40, 18); l. 3 §. 4 de lib exhib (43, 30).

49) L. 1 §. 10, l. 3 § 2 §. 7 de Carb. ed. 37, 10 („si neget eum filium idcircoque ad se totam hereditatem — pertinere", videlicet actor sui hereditarii juris probandi causa effert, adversarium filium defuncti non esse) l 1 § 11, l. 6. §. 3, l. 7 §. 3, 6 eod l. 1, 2 C de ord. jud. (3, 8), vide Bülow l. in not. 42 cit.

50) L. 1 §. 4, l. 3 §. 1 de Carb. ed, l 3 § 4 de lib exhib. (43, 30).

51) L. 1 §. 5, 6 de Carb. ed, l. 2 §. 2 de coll. det, l. 27 pr de lib. causa (40, 12).

Ergo in his omnibus speciebus proprio cuidam praejudicio, quod ex altera actione alteri futurum sit, locus non est. Diversa sane causa est, quod aliae actiones, velut legatariorum, aut quaestiones de subjecto partu vel de matris adulterio sustinentur impubere herede patris interveniente. Hic de praejudicio aliquo vero agi, proxime videbimus. [52]

Denique etiam apud Plinium, ep. VII. 6 verbis „postulavit, ne cognitioni Caesaris praejudicium fieret" non de diversis causis, sed de una agitur, quae potius ad Caesaris jurisdictionem pertinere dicitur. [53]

His ita impropriis praejudiciis exclusis, [54] excutiemus naturam singularum causarum, ex quibus proprie dicitur praejudicium aut per praetoriam cognitionem aut per exceptionem averti. Quid inter utrasque causas intersit, sic fere definiendum videtur:

I. Praetor de praejudicio ipse cognoscit et decernit, si judicia de re majore et de re minore simul postulantur vel si majus judicium pendente minore aut minus pendente majore instituitur.

Praejudiciales exceptiones locum habent, si de sola re minore judicium instituitur.

II. Praetoria cognitio etiam post litem de re minore contestatam inte cedit.

Exceptiones, nisi ante litem de re minore contestatam postulatae sunt, non admittuntur.

52) I. 2 a not. 80—94.

53) Aeque a propria vocis praejudicii, de qua agimus, significatione alieni sunt loci a Rudorff ad Puchta Inst. II. §. 171 not. d. sub 4 citati.

54) Videlicet nisi eas causas, ubi de prohibendo praejudicio minus proprie dicitur, non enumerandas esse duxi. Satis enim constat, praejudicium, quatenus pro actione et aliis multis rebus dicatur, diversum esse a praejudicio in his exceptionibus locum habente. Cf. Bülow d. praej form. §. 2, Planck §. 26—28. Quod vero ad illa impropria praejudicia, de quibus prohibendis dicitur, attinet, Planck quidem non omnes, quas adnotavi, causas enumerat, at alias quasdam (p. 203, 204) addit, quae non merito mihi videantur a numero propriorum praejudiciorum excludi, cf. not. 107.

III. Cognitione interveniente litis contestatio vel sententia differtur.

Exceptione probata reus a judice absolvitur.

IV. Praetoria praejudicii prohibitio et praejudicialis exceptio utique diversa juris instituta sunt.

Illa generaliter admittitur, ubi actiones de re majore et minore simul concurrunt.

Praejudiciales exceptiones nisi paucarum quarundam rerum majorum nomine non comparatae sunt.

Jam sententias propositas singulas probabo et explicabo.

I.

Julianus libro 50 Dig. (l. 13 de exc. 44, 1) ait:

Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem „quod praejudicium hereditati non fiat"; futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt.

Contra in l. 7 §. 1 de her. pet. 5, 3 (Ulpian. libro 14 ad Ed.), postquam dictum est, liberale judicium, in quo praejudicium judici de testamento cogituro fiat, praetori sustinendum esse, cavetur:

Ita demum autem sustinentur liberalia judicia, si jam de inofficioso judicium contestatum est, ceterum si non contestetur, non exspectantur liberalia judicia.

Ergo exceptio et cognitio sub contrariis admittuntur conditionibus: illa tantum ante, haec tantum post litem de re majore contestatam, illa tantum una actione instituta, haec tantum duabus pendentibus actionibus, et de re majore et de re minore. Quod generaliter observatum fuisse, reliquis, in quibus de praejudicio prohibendo agitur, locis perlustratis cognoscemus.

1) Primum quidem de exceptione dispiciamus:[55]

55) Ex sequentibus efficietur, nihil causae esse, quod cum Wetzell, System p. 711 not. 64 conditionem exceptionis praejudicialis admittendae l. 13 de exc. cit. positam ad solum casum hujus legis restringamus. Julianus non „haec exceptio" sed „hujusmodi exceptiones" inquit: videlicet totum genus praejudicialium exceptionum significat. Ea difficultas, qua motus Wetzell ad talem interpretationem pervenit, neque ex hoc loco venit et infra omnino non adesse ostendetur. vide IV. n. 150.

a) Ubicunque exceptio vel praescriptio „quod praejudicium hereditati non fiat“ commemoratur, intelligitur, solam de re minore, scilicet de rebus singulis hereditariis vel de familia herciscunda actionem institutam esse; imo ob id ipsum exceptionem obstare, quod nondum de re majore actum, scilicet hereditas petita sit. [56])

b) Cicero de inventione II. 20 § 59, 60 de danda exceptione „extra quam in reum capitis praejudicium fiat“ disputat. Etiam hic patet solummodo privata injuriarum actione agi, necdum publico actum esse judicio.

c) Neque dubium est, quin in casu, quem Africanus l. 16 de exc. (44. 1) proponit, exceptio „quod praejudicium praedio non fiat“ soli institutae viae petitioni objiciatur („— si viam petam —“) [57])

d) Contra l. 18 eod. videtur species proponi, in qua judicia de re majore et minore utrumque simul instituantur. Quo loco quum Africanus (libro IX. Quaest.) de ipsa pro-

56) Praeter l. 16 de exc. cit.: Ga 4, 133, l. 25 §. 17 de hered. pet. (5, 3); l. 1 §. 1 fam. herc. 10, 2 vide supra ad not 34, cf l. 1 §. 2 si pars hered. (5, 4). — Etiam Justinianus l. 12 C. de her. pet. (3, 31) tantum dicit „Quum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praejudicium“, id est, exceptionem assumtam esse, quum hereditatis petitio instituti potuisset, non quum instituta esset. Paullo inferius vero, ubi de suscepta hereditatis petitione loquitur, nulla memorata exceptione dicit differri singularum rerum petitionem. Cf. etiam Dernburg l. c. p. 53 not. 10, Cujacius observ. IX. 27.

57) Ita etiam Cujacius ad h. l. censet (tractat. ad African., opp Venet. I. p 1334). Quod initio h. l. Africanus dicit „de proprietate inter me et te controversia est“ minime ita interpretandum est, quasi dicatur fundi vindicationem jam institutam esse; quippe, notum est voce controversiae vel saepissime eam contentionem significari, quae extra judicium permanserit; cf. l. 13 de reb. auctor (42, 5) et infra not. 121. In quas vero difficultates quantosque nodos incidant ii, qui putent l. 16 cit. de rei vindicatione jam instituta agi (sicut glo. ad h. l.) perpendit Brackenhöft, Identität p 388—394. — L. 17 de exc. exceptionem rei judicatae contineri, non praejudicialem, undique agnoscitur: Brackenhöft p 390, Planck p. 133 not. 7, Buchka, Lehre vom Einfluss des Proz. I. p. 303, Savigny, Syst. VI. p. 438 not. 1, Windscheid, die Actio p. 91. Vangerow, Pand. (ed. 7) I. §. 173 p. 281.

posita nobis quaestione, scilicet de exceptione aut cognitione admittenda in contrarias partes disputet, accuratius hanc legem intueamur:

> Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul judicio quoque communi dividundo agere sub eodem judice. — Item si ejus fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim, quaesitum est, an exceptio „quod praejudicium fundo partive ejus non fiat" obstet, an deneganda sit? — Et utrubique putat intervenire Praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, hujusmodi judiciis experiri.

In prima specie ab Africano relata actor „simul," „sub eodem judice" duobus judiciis (et de parte fundi et communi dividundo) agere vult. In secunda non aeque quidem manifesto declaratur, duo judicia (fundi vindicationem et fructuum condictionem) simul institui: at quum haec species usque cum prima comparetur („item", „utrubique")[58]) et certa denique dominii intentio („quem — ego proprium meum esse dicam") afferatur, haud dubium est, quin Africanus etiam in secunda specie fundi vindicationem una cum quadam actione de re minore (fructuum condictione) institui intelliget.[59]) Quum ita in utraque specie bina ab actore postulentur judicia, proponitur praejudicialem a reo objici exceptionem alteri judicio, quo de minore causa agatur. In quaestione est, utrum haec exceptio obstet, an deneganda sit. Respondet Africanus quantumvis concise. At petet eum non abitrari exceptionem dandam esse, imo censere, ut judicium de re minore per ipsius praetoris cognitionem differatur, donec de re majore constet. Dicit enim, praetorem „intervenire debere" nec „permittere experiri" minore judicio. Quae dictiones exploratum est

58) Ipsam propositam exceptionem ad utramque speciem referendam esse, quum ex verbo „partive" inserto intelligitur, tum inde, quod haec exceptio per verbum „item" primae speciei adjungitur.

59) Dissentire videtur Cujacius opp. (Venet.) V p 338, 580, VII. 156, 478 (aliter I. p 1335). Assentiunt Glossa ad. h. l., Breckenhöft Identität p 385 not. 30, p 393; Planck l. c. p. 76 not. 1, Wetzell System p. 680 not 53 cf. Idem, der röm. Vindicationsprozess p 165.

ad aliquod praetoris decretum inhibendasque seu denegandas actiones pertinere. [60])

Una quidem huic interpretationi obstare videatur difficultas: videlicet quod quis desideret, ab Africano in responso aliquid de deneganda exprimi exceptione. At vero tacita quaedam negatio subest. Quum enim modo interrogaverit, an exceptio deneganda sit, mittit Africanus in responsione idem repetere. Non dubitans, quin deneganda sit exceptio praejudicialis, continuo pergit exponere, quonam potiore modo praejudicii causa intercedendum sit: scilicet praetoriam interponendam esse cognitionem. Itaque etiam interpretes consensu comprobant, in hoc casu ab Africano tantum cognitionem, non exceptionem admitti. [61])

60) In hanc sententiam „permittere experiri" dicitur: l. 18 §. 1 de jud. (5, 1); l. 17 §. 7, 8 de peculio (15, 1), l. 1 §. 10 quando de peculio (15, 2), l. 17 § 20 de injur. (47, 10), cf. l. 9 pr. de lib. ca. (40, 12). — Aeque „experiri posse", „experiundi potestas" dicitur saepissime, ubi de potestate litem contestandi agitur: Cicero pro Quinctio c. 23 §. 75, l. 8 de calumn. (3, 6), l. 1, §. 1, l. 28 § 4 ex quib. circa maj. (4, 6); l. 7 fam. herc. (10, 2), l. 43 §. 10 de ritu nupt. (23. 2), l. 1 pr. de div. temp. (44, 3), l. 7 § 5 de injur. (47, 10). Similiter voce permittendi Icti potissimum de danda actione loquentes utuntur, velut in l. 15 §. 44 de injuriis (47, 10), l. 17 §. 17 eod., l. 4 de popular. act. (47, 23); l. 51 §. 1 fam. herc. infra ad not. 68 cit., aliis innumeris ll. — Intervenire autem praetorem dicunt, si quam ipse terminet causam: l. 18 pr. de transact. (2, 15), l. 8 pr. de minor. (4, 4), l. 27 pr. de noxal. action. (9, 4), l. 14 pr. de religiosis (11, 7).

61) Vide imprimis Brackenhöft, Identität p. 385 not. 30, p. 393 not. 41, Planck, Mehrheit p. 205 not. 1. — Quod aetate superiores scriptores hoc discrimen exceptionis aut cognitionis admittendae, nisi accuratius cognito ordine judiciorum Romanorum animo non complectendum, neglexerunt (Glosse, Cujacius ad h. t. tractatus ad Afric. opp. I, 1335 cf. VIII 1064), mirum non est. Attamen etiam ad hodiernum, quum praejudicialis exceptio et praetoria praejudicii prohibitio confundi soleat, illa ratio, de qua Africanus totam hanc quaestionem instituit, scilicet utrum exceptio an cognitio locum habeat, parum aestimatur. Vulgo quidem h. l. in eam partem afferri solet, quasi de admittenda praejudiciali exceptione quid statuat, ab ipso Brackenhöft l. c. p. 378, Zimmern, Gesch. des röm. R. III p. 300, Bethmann-Hollweg, Versuche p. 125, Savigny, System VI p. 437 not. n., Puchta Inst. II. §. 171 not. f., Rudorff Rechtsg. II. §. 38 not. 26, Buchka, Einfl. I. p. 309, 310, Pletner, de sententia praetoris p. 5.

Quid igitur est? Africanus quem apertissime nostram profitetur regulam: ubi judicia de re majore et minore simul instituantur, cessare praejudicialem exceptionem, locum esse praetoriae cognitioni.[62]) Itaque regula l. 13 de exc. proposita etiam quodammodo amplificatur: quandoquidem exceptio non solum cessat, si jam antea de re majore lis contestata est, sed etiam si una cum judicio de re minore judicium de re majore postulatur.

2) Sequitur, ut singulas causas praejudiciales enumeremus, in quibus praetoria cognitio locum habet.

a) Primum quidem saepissime refertur, propter hereditatis petitionem a praetore alia judicia minora sustineri. Hae vero species ab istis, in quibus exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat“ memoratur, longe diversae sunt. Istam exceptionem non tenere, nisi ante hereditatis petitionem institutam demonstravimus. Haec vero cognitio et dilatio ita demum procedit, si de hereditate jam lis contestata vel praeparata est

Quam in partem jam supra l. 7 §. 1 de hered. pet. citata est: quo loco praecipitur, ut liberale judicium sustineatur, cui libertatis quaestio communis sit cum hereditatis petitione inter easdem partes jam in judicium deducta.[63]) Quodsi de hereditate nondum lis contestata sit vel non intra modicum tempus a praetore praestitutum contestetur, liberale judicium non esse sustinendum. Nisi vero quis sibi libertatem ex eo testamento competiisse dicat, de quo ipso in hereditaria lite ambigatur, tum, quoniam judici de hoc testamento cogituro praejudicium fieri nequit, permittitur utrumque eodem tempore exerceri judicium:[64]) videlicet hic, ubi duo judicia concurrunt, praetor

---

62) Cf. simillimum responsum in l. 51 § 1 fam. herc. infra I. 2 a.

63) De l. 2 C. de ord. cogn. (7, 19), quae, aliquantum obscura, contrarium statuere videatur, cf. Planck, p. 222 not. 3.

64) L. 7 § 2 de her. pet. (5, 3): „Quoties autem quis patitur controversiam libertatis et hereditatis; sed se non ex testamento liberum

plenissime ipse de quaestione, an aliquod praejudicium futurum sit, decernit.[65])

L. 51 § 1 fam. herc. (10, 2), adhuc ab iis, qui de hac materia tractaverunt, praetermissa, Julianus (libro 8 Dig.)

---

dicit, sed alias vel a viro testatore manumissum, non debere impediri liberalem causam, licet judicium de testamento moveri speretur, Divus Pius rescripsit; adjecit plane in Rescripto dummodo praedicatur judici liberalis causae, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat.

65) Illa praedictio, quae in fine l. 7 § 2 de hered. pet. (cf not. 64) proponitur, minime, ut Dernburg, Verh. der Her. pet. p. 46, 50, 61 (assentiente Wetzell, System p. 710 not. 62, p. 434 not. 76, ceteris auctoribus non dissentientibus) censet, ad eas, de quibus judici per exceptionem disceptandum sit, praejudiciales causas pertinet. Imo pertinet ad solas eas praejudiciales quaestiones, quae per ipsius praetoris cognitionem dirimantur. Hac enim praedictione judex minime, sicut exceptione vel praescriptione, jubetur examinare, num praejudicium testamenti quaestioni futurum sit. Imo de hac quaestione jam magistratus cognovit: quum animadverterit, non eandem testamenti quaestionem in utroque judicio tractatum iri, „non impedivit liberalem causam“, videlicet intelligitur, eam impediendam fuisse, si praetor cognovisset, testamenti controversiam utrique judicio communem fore. Ista praedictione tantum munitur firmaturque id, quod definitivam de praejudicio praetor interposuit, decretum. Quippe enim, etsi actor coram praetore dixerat, se non ex testamento sibi libertatem vindicare, et idcirco praetori visum erat, nullum futurum esse praejudicium hereditati, tamen, quoniam haec libertatis causa non ipsis liberalis judicii formulaeque verbis exclusa erat, actori licuerit postea apud judicem nihilominus testamenti causam afferre et ita in fraudem praetorii decreti agere (v. supra circa not. 37). Quod ne liceret, necesse erat ita judici praedici. Tales praedictiones etiam ceteroquin, ubicunque praetor judicium de re minore, quod nullum praejudicium inde nasci animadverteret, dederit, utilissimae in usu fuerint. Qua quidem praedictione rectissime dicitur, similiter ac praescriptionibus pro actore receptis, quodammodo causam, ex qua actoris intentio efficiatur, circumscribi. Verumtamen etiam aliquid inter illam praedictionem et has praescriptiones interest: praescriptio nisi sponte actoris non adhibetur, praedictio vero officio magistratus, etiam invito actore, imponitur; praescriptio formulae inscribitur, praedictio orando cum judice communicatur. Ita etiam praedictionis in l. 48 § 7 de aed. ed. (21, 1) memoratae diversa conditio est ab istis praescriptionibus. Multum vero abest, ut, praedictio unquam, ut Dernburg l. c. statuit, in omni causa vel in ulla quidem dari potuerit, cui exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat“ praesto erat. Sane non erat, cur praetor earundem causarum nomine, ex quibus liceret reo defensionem postulare, insuper

quaerit, quid statuendum sit, si simul et hereditatis petitio et **judicium familiae harciscundae** postuletur:

Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae herciscundae agere, ex causa utrique nostrum mos gerendus est; nam si ego totam hereditatem possideo et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communione discedere volo, impetrare debeo familiae hercisoundae judicium, quia aliter dividi inter nos hereditas non potest. Item si tu justam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius, quam familiae herciscundae judicium negotium distrahere velis, tibi quoque permittendum erit, hereditatem petere; nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae herciscundae judicio non deducuntur, velut si ego debitor hereditarius sim, judicio familiae herciscundae non consequeris id, quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris.

Hoc quidem loco, assumpta l. 1 §. 1 **fam. herc.** (10, 2), [66] planissime probatur regula a nobis proposita. In utraque lege de ratione, quae inter hereditatis petitionem et familiae herciscundae judicium intercedat, disputatur. In illa exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat" locum habere dicitur; in hac vero, nulla exceptione memorata, deliberatur, utrum utroque judicio „agere permittendum sit," an tantum alterum „impetrari" debeat: scilicet an praetoria cognitione alterum inhibendum sit. [67] Quod vero etiam hac lege, sicut illa l. 1 §. 1 **fam. herciac.** de praejudicio aliquo, quod hereditatis petitioni per familiae herciscundae judicium fieri possit, agitur, id satis eo declaratur, quod dispicitur, num utrique judicio eadem quaestio communis sit, ac num is, qui familiae herciscundae agere velit, in ea causa sit, ut ab adversario potius hereditatem petat. — Quid igitur est, quod illic de praejudiciali

actori defensionem constituerst! Quare subversa est ea, quam **Dernburg** p. 40 ex hac una cujusdam praedictionis commemoratione cepit conjectura, quasi quaedam praedictiones seu praescriptiones pro actore comparatae praejudicialium exceptionum usum submoverint, potestate actori praebita praejudicialis exceptionis periculi per talem praescriptionem evitandi.

66) Vide h. l. supra circa not. 33 exscriptam.

67) De voce permittendi cf. supra not. 60. Quod „actionem impetrare" idem valet ac „actionem a praetori accipere" inter omnes constat idem, quod „agere velle" pro actionem postulando dicitur.

exceptione, hic de praetoria prohibitione praejudicii statuatur? Sane quod illic unum, hic duo simul[68]) judicia instituuntur. Num inter concurrentia judicia de hereditate et de familia herciscunda praejudicialis ratio intercedat, ipse praetor causa cognita statuit: num vero solo judicio familiae herciscundae instituto futurae cuidam hereditatis petitioni praejudicium fiat, judex per praejudicialem exceptionem examinat. Ceterum haec lex, qua de praetoria prohibitione praejudicii inter duo simul postulata judicia intercedentis cavetur, paene usque ad verborum conceptionem memoriam revocat illius Africani (l. 18 de exc.), qua et ipsa de tali modo praejudicii prohibendi quaeri supra ostendimus.[69])

Deinde compluribus locis disquiritur, an hereditatis controversia mota actiones quae ab altero litigatore contra hereditarios debitores vel invicem ab hereditariis creditoribus legatariisque contra alterum litigatorem instituantur, sustinendae sint, donec de hereditate judicetur. Ultro se offert opinio, tales dilationes ob eam causam fieri, ne praejudicium hereditatis petitioni fiat: et ita quidem plerique scriptores arbitrati sunt.[70]) Quod ad propositam regulam exceptionis aut cognitionis propter praejudicialem causam admittendae attinet, in hac opinione acquiescendum fuerit: videlicet de concurrentibus duobus judiciis quaeritur, quorum alterum per praetoris decretum non per exceptionem sustinendum sit.[71]) Attamen quum nobis omnes causae praejudiciorum prohi-

68) Quod in specie legis 51 §. 1 cit. alter hereditatis petitionem alter familiae herciscundae judicium non diversis temporibus, sed uterque eodem tempore postulant, intelligitur potissimum ex his verbis „et te me agere velle“, „utrique morem gerendum esse“, „tibi quoque permittendum hereditatem petere.“

69) Vide supra I. 1, 2

70) Vide inpr. Planck, Mehrheit p. 228, 229

71) Eam, quae in l. 40 de her. pet. (5, 3) memoratur, exceptionem neutiquam praejudicialem esse, Dernburg p. 119, 120 luculenter probavit, cf. quod supra circa not. 27—32 de l. 19 §. 1 de hered. pet. tractatum est.

Google

vendorum explicandae atque enodandae sint, etiam quaerendum est, num omnino in istis casibus de quodam praejudicio agatur. Quam quaestionem quum jam Dernburg[72]) excusserit, pauca addenda sunt.

Pomponius libro 9 Epistolar. (l. 35 de jure fisci 49, 14):

> Si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii Titii dicat, altero vero eandem hereditatem fisco vindicante, quaeritur, utrum jus fisci ante excutiendum sit et sustinendae actiones ceterorum, an nihilominus inhibendae petitiones creditorum singulorum, ne publicae causae praejudicetur. Idque Senatusconsultis expressum est.

minime de praejudicio, quod hereditati, sed quod publicae causae fiat, loquitur.[73])

Si vero hereditatis petitione inter privatos pendente aliae hereditariae actiones movebantur, non utique differebantur. Non differebantur, nisi periculum erat ne quid damni alteri litigatorum afferretur. Ne enim tale quid damni caperetur, legatarius heredi, a quo pendente hereditatis petitione legatum petebat, de restituendo legato cavere debebat.[74]) Contra si alter eorum, qui de hereditate litigabant, cum debitore hereditario agere volebat, paratus esse debebat, debitorem adversus alterum, qui fortasse in hereditatis petitione victurus fuisset, defendere.[75]) Quodsi illic legatarius cavere, hic heres defendere nolebat, merito se-

---

72) Verh der Her pet. § 10 § 11 p 105—121: Vangerow, Pand (ed 8) II. 508 l. 27 § 2 de legat. III (32), l 4 § 1 si cui plus (35, 3), l 49 de hered. pet. 5, 3) cf not 71). — Adde l. 6 § 1 de interrog (11, 1), ubi dicitur, eum, qui ab aliquo hereditatis controversiam patiatur, si in alia actione interrogetur, an heres sit, non cogi respondere: quod hac alia actione, cui hereditatis quaestio incidat, agi possit, non dubitatur. Quod licet de hereditario jure controverso in aliis actionibus praeter hereditatis petitionem quaerere, ostenditur: l. 2 de exc rei jud (44, 2), l. 49 § 1 ad Sc Trebell (36, 1), l. 15 de O. et. A (44, 7), l 25 de bon lib. (38, 2), l 15 de bonor poss contra tab (37, 4), denique vel omnibus hereditariis actionibus

73) De h. l. cf Dernburg p 109, 110; Pfeifer p 197 not. 3, — Vide infra ad not 110.

74) L. 3 § 8, l. 4 pr § 2 § 3, l 5 si cui plus (35, 3); l. 41 ad leg Falc. (35, 2).

75) L. 1 § 37 depositi (16, 3), cf l. 57 de her pet. (5, 3)

tiones iis denagabantur atque sustinebantur, donec de hereditate judicaretur. Hac vero actionum hereditariarum dilatione non quidam praejudicii prohibebatur, sed consulebatur, ut heredi debitorique hereditario caveretur.[76]) Si actiones hereditariae propter praejudicii periculum differrentur, omnimodo differendae essent, sive cautum esset, sive non esset: nam etiam si cautum est, tamen verum est, simul in hereditatis petitione et in hereditaria actione de eadem quaestione judicari.

Itaque ne vox quidem praejudicii illis locis invenitur, quibus de sustinendis actionibus hereditariis agitur.[77]) Initio quidem l. ult. C. de her. pet. (3, 31) Justinianus pauca de praejudiciali exceptione praefatur:[78]) at ex quo incipit de actionibus legatariorum creditorumque post hereditatis controversiam motam instituendis disserere, neque de praejudiciali exceptione, neque omnino de ullo praejudicio loquitur.[79])

Amplissimum vero genus causarum, in quibus proprie de praejudicio, quod hereditatis petitioni fiat, agitur, obviam est in tit. D. de Carbon. ed. (37, 10): quod genus praejudiciorum adhuc parum respici solitum est.[80]) Neque enim

76) Cf. Bähr in Gerber u. Ihering, Jahrbücher f. d. Dogmatik I. p. 450—457.

77) Sane si cum Planckio statuendum esset, praejudicium prohiberi, ubicunque actio moveatur, cui quaestio cum aliquo rei majoris judicio, quod unquam institui poterit, communis sit, tum etiam omnes hereditariae actiones, ubi quis neget se heredem esse aut negetur heres esse, inhibendae essent, donec quis exsistat, cum quo de ipsa hereditate certetur: quaestio hereditatis in nullam actionem formulamve, nisi hereditatis petitionis venire posset. Cf supra not. 72, infra IV not. 156, 157.

78) Cf. supra not. 56.

79) Vide Dernburg p. 111—114, quemquam ipse de l. cit § 1, 2 ita disputat, quasi quid ea de praejudiciali exceptione statuetur — Quod haec de differendis actionibus hereditariis constitutio illi praejudicialis exceptionis mentioni adjuncta est, id inde intelligendum sit, quod ipse Justinianus antiquum jus exceptionum praejudicialium non jam penitus perspexerit: cf infra not. 156.

80) Dernburg hunc titulum vix in toto suo libello attigit, Planck vero ad eum in §. 61, ubi de praejudicio, quod hereditati fiat, explicat, omnino non animadvertit.

sola hereditatis statusve controversia impuberi mota usque ad ejus pubertatem differtur [81]), sed etiam ceterae actiones, quibus status quaestio cum hereditatis petitione communis est: [82]) puta status controversiae, quae simul aliis personis moventur, [83]) aliae hereditatum petitiones, [84]) crimina adulterii vel subjecti partus matri impuberis objecta, [85]) legatorum fideicommissorumque petitiones. [86]) Quae quidem actiones ob ipsam causam differri dicuntur, ne iis praejudicium impuberi vel conditioni ejus fiat. [87])

Si vero quaerimus, quodnam judicium sit, propter cujus praejudicium ita actiones illae sustineri dicantur, ipsa hereditatis petitio est. Per hanc enim solam de conditione impuberis judicabitur, cui non esse praejudicandum praecipitur: [88]) ubi quaestio de statu impuberis, in proprium status judicium veniens, non cum hereditatis petitione conjungitur, illae actiones non sustinentur. [89])

In his vero omnibus casibus non, ut undique praesu-

---

81) Vide supra not. 47—52.

82) L. 7 § 1 de ventre in poss. (37, 3): „placet omnes controversias, quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri." L. 20 de inoff. test. (5, 2): „toties enim ea (sc. Carboniana bonorum possessio) indulgenda est — ut interim et possideat et alatur et actionibus praejudicium non patiatur."

83) L. 3 § 3 (versatum a Paullo Sent. III. 1, § 1) § 10 § 11 de Carb. ed. (37. 10) — In § 11 simillimus casus atque in l. 7 de her. pet. (supra I. in. et 2 a) proponitur.

84) L. 7 § 7 h. t.

85) L. 1 § 11, l. 2, l. 3 § 3, l. 13 h. t., l. 8 de ventre (37, 3).

86) L. 3 § 1 h. t. Quod locum non habet, nisi praeter statum impuberis simul de viribus paterni testamenti quaeritur (cf. l. 3 pr. h. t.). Alias actiones hereditariae contra pupillum, quum bonorum possessor sit, exercentur: l. 5 § 1 h. t. l. 4 C. de act. her. 4, 16; cf. l. 3 § 3 l. 15 h. t.

87) L. 20 de inoff. 5, 2 (vid. not. 82), l. 8 de ventre (37, 3), l. 3 § 3 § 11, l. 13 h. t.

88) Vide supra not. 40.

89) L. 3 § 2, l. 3 § 3 h. t., quibus locis dicitur, tantum si praeter status controversiam etiam hereditatis moveatur, Carboniano edicto Carbonianisque actionum dilationibus locum esse. Contra hoc Edictum ne tum quidem locum habet, quum hereditaria controversia est, cui status quaestio non incidat: l. 3 § 7, l. 7 § 3 § 7 h. t.

mitur,[90] praejudicialis exceptio, sed **sola praetoria cognitio** locum habet [91]) Quaeritur, sitne etiam hanc in partem nostrae regulae satisfactum, videlicet quod alterum judicium simul cum altero praeparato vel pendente instituatur?

Sane: licet judicium de re majore, scilicet de paterna hereditate, nondum contestatum sit, tamen postulatum praeparatumque est eo tempore, quo illae actiones de re minore eduntur. Nisi impuberi de hereditate paterna propter statum controversia mota est, neque Carbonianum edictum neque ulla actionis dilatio locum habat,[92]) adeoque ad Carbonianum edictum admittendum desideratur hereditatis petitionis postulatio, ut praetor de danda aut deneganda ea summatim cognoscat,[93]) ubi vero eam interim non dederit, tamen necessarium videatur, postea pupillum, quum adoleverit, de hereditate judicium accepturum esse [94]) Itaque vel maxime hae actionum dilationes ex Carboniano edicto venientes demonstrant, **ob praejudicialem rationem, quae inter duas actiones eodem tempore pendentes intercedat, praetoriam cognitionem, non praejudicialem exceptionem intervenire.**

Hactenus causae enumeratae sunt, ex quibuscunque ipse praetor se interponit, ne praejudicium **hereditatis** petitioni fiat.

b) Altera species rerum majorum, quibus praetor praejudicium fieri prohibet, est **liberale judicium.**[95]) Etiam ita actiones de re minore non sustinentur, nisi pendente liberali causa.

---

90) Planck titulum de Carb ed eo loci allegat, ubi de praejudiciali exceptione explicat § 20 p 210 not. 10 Vide praeterea Zimmern III. p. 300 not 16, Rudorff, Rechtsgesch II p. 118 not. 27.

91) Ubique actiones „sustinendas" vel „differendas" esse dicitur. Quemadmodum haec dilatio ad solum praetoris officium pertinuerit, intelligitur maxime ex L 1 § 11, l 3 § 5 § 10 l 13 h. t.

92) L. 1 pr § 10, l. 3 § 5 § 7, l. 7 § 7 l 13 et passim h. t.

93) L 3 § 5 h. t.

94) L 6 § 6, l. 14 h t.

95) Cf. Planck, Mehrheit § 30.

Primum dispiciamus de actionibus, quae inter ipsos, qui de libertate litigant, [96]) moventur.

Inter has quidem personas speciales actiones, quibus libertatis controversia incidat, liberali judicio prorsus omisso institui nequeunt, [97]) quippe quum libertatis quaestio, quae inter dominum et servum movetur, in nullam aliam formulam, nisi praejudicialem ad id comparatam, venire possit. [98]) Priusquam igitur liberale judicium institutum est, actiones speciales, quae inter dominum et servum postulantur, non tam praejudicii evitandi causa denegantur, quam propter formam utrique actioni in Edicto praestitutam: ipso jure in speciali actione non de libertate inter dominum et servum quaeri potest liberali causa nondum ordinata. [99])

Specialis actionis dilatio, quatenus praejudicii prohibendi causa intervenit, non locum habet nisi post ordinatam liberalem causam specialis actio postulatur. Post ordinatam enim liberalem causam is, qui servus esse dicitur, interim pro libero habetur, neque igitur impeditur, quominus etiam cum domino vel invicem cum ipso dominus agat. [100]) Liberali judicio et specialibus actionibus ita concurrentibus, verendum est, ne, si ante de speciali actione

96) Liberale judicium tantum inter eum, qui se ipse dominum et eum, qui se liberum esse dicat, locum habere, ostendi in dissertatione inaugur. de praejudicialibus formulis p 18 et 49, contra Puchta, Instit. II. § 221 Cf inprimis l. 1 C. de ingen. manum (7, 14) l. 4 C. de ord. cogn (7, 19)

97) In l 24 pr. de lib ca. 40, 12 (vide infra not 100, 101) minime dubitatur, nam ante ordinatam liberalem causam speciales actiones admittantur. Imo quod non admittantur, tacite intelligitur Tota hujus legis disputatio in eo vertitur, num etiam post liberalem causam ordinatam propter praejudicii periculum, quod tum interveniat, illae actiones sustinendae sint.

98) Bülow l. c.; cf praecipue l. 6 si ingen. (40, 14.)

99) Ita quidem nunc temperandum mihi videtur, quod in diss. de praej. form. p 25, 29 (assentiente Rudorff Rechtsg II. p. 122 not. 10) exposui. Specialis actionis per praejudicialem formulam excludendae nulla alia causa est, quam rei vindicationi per interdictum possessorium occurrendi vel petitoris possessorisque partium ante ipsam actionem dandam explorandarum.

100) L. 24 pr. § 1 de lib. causa (40, 12).

judicetur, etiam ei vel is condemnetur, qui postea in liberali causa servus esse pronuntietur. Ne ita praejudicetur liberali causae, compluribus locis cavetur, liberali causa ordinata actiones pecuniarias vel criminales inter ipsum dominum et servum postulatas vel contestatas praetori sustinendas esse, donec de libertate judicetur. [101])

Utique eadem ratio observatur, si alius praeter dominum personae de aliqua re litigare volunt cum eo, qui servus esse dicitur.

Donec liberalis causa ordinata est, praejudicium non prohibetur: [102]) servitutis vel libertatis quaestio in hanc specialem actionem incidit et, ut omnis alia incidens quaestio, in ipsa lite terminatur. [103])

Diversa causa est, si jam ordinatum est liberale judicium. Tum speciali actione extraneo permissa, praejudicium liberali causae futurum est, quoniam in utroque judicio simul de eadem libertatis quaestione judicandum erit. Quin periculum est, ne inutiliter de speciali actione judicetur; nam is, qui in hac actione quasi liber condemnatus fuerit, in liberali judicio servus esse pronuntiari poterit et ita aut non obligatum eum fuisse apparere aut potius dominum fuisse condemnandum: ubi vero prospicitur, ut antea de liberali causa judicetur, hoc periculum evitatur, quoniam haec sententia jus facit etiam adversus extraneos neque igitur tum fieri poterit, ut de libertate diverse judicetur. [104])

101) L. 24 pr. § 3 de lib. ca. (40, 12), l. 31 C. de lib. causa (7, 16), l. 1, 4, 5, 7 de ordine cog. (7, 19). L. 10 C. de injur. § 9, 35 (Planck p. 221 not. 4) huc non pertinet.

102) L. 24 § 2 de lib. ca., l. 4, l. 7 § 1 C. de ord. cog. (7, 19).

103) L. 4 C. de ord. cog. l. 1 C. de ord. jud. (3, 8), l. 44 § 1 de jud. (5, 1). Videlicet proprium status judicium cum extraneo constitui non potest: supra not. 86.

104) Vide: Bülow, de praejud. form. p. 42—44. Mihi assenserunt: Rudorff, Rechtsgesch. II. § 84 p. 123 not 26, p. 265, 266 not. 29; Windscheid, Münchener krit. Vierteljahrschr. I. p. 292; Idem, Lehrb. des Pandectenrechts (1862) § 132 not. 4; Beigtena, Zeitschrift f. Civilr. u. Prozess. N. F. XVIII. p. 41 not. 6. — Adde locis illic not. 39, 40 citatis: l. 14 pr. de interrog. (11, 1), l. 67 pr. de cond. ind. (12, 6), l. 52 pr. de peculio (15, 1), l. 1 § 41 de vi (43, 16), l. 3 C. de ingen. manum. (7, 14).

Itaqne ne liberali jndicio jam ordinato tam periculosum praejudicium fiat, praetor se interponit: actiones civiles et poenales, quibus inter extraneos et servum agitur, vel noxalia judicis, quae servi nomine adversus dominum moventur, sustinentur, donec liberale judicium peractum sit [105]) Quin etiam si post susceptum speciale judicium liberalis causa moveri coepit, speciale judicium differtur. [106]) Denique etiam si duo simul instituuntur liberalia judicia et de matre et de filio, ne varie judicetur, filii judicium sustinetur, donec de matris libertate constet. [107])

In omnibus vero his causis, quascunque percensuimus, libertati praejudicium fieri prohibetur per praetoriam cognitionem, nusquam per praejudicialem exceptionem. [108]) Videlicet libertati praejudicium fieri non vetatur, nisi liberali judicio pendente. [109])

c) Ne publicae causae praejudicetur, petitiones creditorum hereditariorum sustinentur, dum fisco hereditas vindicatur [110])

Ceterum publico vel criminali judicio pendente pecuniariam actionem, cui criminis quaestio cum illa communis sit, sustineri, saepius affirmatur, [111]) aliquoties negatur [112]),

---

105) L. 24 § 4 de lib causa (40, 12), l. 42 pr de noxal. act (9, 4), . 3, 5 C. de ord cogn. (7, 19); cf l 14 pr de interrog. (11, 1).

106) L 24 § 4 de lib ca., l. 42 pr. de noxal act., l. 14 pr. de interr

107) L 23 § 2 d. lib. causa (40, 12), quem quidem locum Planck p. 178 not. 1 et p 203 e nostra materia excludit, quum suae doctrinae minus accomodatus sit.

108) Quod ad unum omnes credunt et ita aliquam exceptionem vel praescriptionem „quod praejudicium libertati non fiat" fingunt vide scriptores supra in not 11 citt., adde Dernburg p. 120

109) Vide not 96—97, 102, 103

110) L. 35 de jure fisci· supra circa not. 72. 73.

111) L. 5 § 1 de hered. pet. (5, 3), l. 37 de jud. (5, 1) = l. 5 § 1 ad leg Ju, de vi publ (48, 6), l 2 C. Theod. ad leg Cornel. de falso (9, 19) = l. 2 C. cod. (9, 22), de quo loco cf Planck p. 231 not. 4, p 234 not. 14, l. 4 C de ord. jud (3, 8), l. 33 C. ad leg Jul. de adult. (9, 9), cf. l. 7 pr. de muner. (50, 4)

112) L 27 de act. rer amotar. (25, 2) l. 53 de fidej (46, 1), l. 23 pr. de fideicom. lib (40, 5)

aliquando vel conjungi utramque actionem licere,[113] quin nonnunquam criminalem actionem, donec de civili judicio sententia feratur, differendam esse dicitur.[114] Neque vero in his casibus, ubicunque civilis actio, ne praejudicium pendenti publicae causae fiat, differtur, ulla exceptio affertur praejudicialis.[115] Hic sola praetoris cognitio locum habet. Eae causae, in quibus civilis actio non simul cum criminali judicio, sed antea instituitur, vulgo quidem cum his, de quibus modo egimus, speciebus confunduntur;[116] sed aptius de iis separatim tractabimus.[117]

d) Ad aliquem praejudicii prohibendi causam, cujus praeterea ullum desideratur vestigium, spectare videatur l. 104 de regulis juris (50, 17 — Ulpian libro 2 ad Ed.):

Si in duabus actionibus alibi summa major, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis; ubi autem aequiparant famosa judicia, etsi summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt.

Apertum est, hic quoque duas actiones simul postulatas intelligi, de quarum ordine praetori cognoscendum sit.[118]

e) Agmen praejudicialium causarum, de quibus ipse praetor decreverit, clauditur illis, quas supra ad I. 1 d. in l. 18 de exc offendimus. Etiam aliis quibusdam locis commemorantur bina judicia, quorum alterum ob alterum sustinetur, puta l. 52 § 1 de peculio (15, 1), l. 7 § 4 de lib. causa (40, 12), l. 1 § 3 si familia furtum (47, 6).[119] At

113) L. 3 de ord jud. (3, 8)

114) L 1 § 11, l 2, l. 13 de Carbon ed. (37, 10); l. 1, 4 de ord. cogn (7, 19)

115) In l. 53 de fidejuss (46, 1 Papinian libro 15 Respons.) dicitur quidem „citra ullam praescriptionem" fidejussores conveniri posse capitis postulatos. Ad manifestum est, hic non solemniter de praescriptione, tamquam parte formulae, agi. Certe non significatur ulla praejudicialis exceptio. Neque credere licet, praejudiciales praescriptiones, jam Gaji temporibus sublatas, hoc quidem loco apud Papinianum renatas esse.

116) Praeter ceteros vide: Leist in tota diss in not. 3 cit., Planck § 32, qui p 237 quidem umbram quandam talis distinctionis proponit.

117) Vide infra I. 3 b (not. 128)

118) Ea verba: „duabus actionibus," „praeponenda est," et inscriptionem loci.

119) Cf. Ascon. in Milon argum. (apud Orelli, schol. II p 40): „— obtinuit ne prius causam de ambitu diceret, quam de vi judicium esset perfectum."

hic neque vox praejudicii adhibetur, neque omnino praejudicio locus est, quoniam nulla utrisque judiciis communis est quaestio.[120])

3) Relinquitur, ut examinemus quosdam casus, in quibus quis praeter meam exspectationem evenire crediderit, ut magistratus ipse de praejudicio prohibendo cognoverit.

a) L. 32 § 10 de receptis (4, 8 — Paullus libro 13 ad Ed.):

> Si is faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat, futurum est praejudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat, ergo interea inhibendus est arbiter.

Concedo hoc loco non vel non certis quidem verbis proponi, quod hereditatis petitio jam instituta sit.[121]) Cur igitur hic non exceptio, sed praetoria inhibitio locum habet? Causa non latet. Videlicet formula praesto non est, cui ulla praejudicialis exceptio inseri possit: cum arbitro compromissario praetor non per solemnia formulae verba agit.[122])

---

120) Cf. supra I. 2 h not. 99 et 1. 1 § 4 quod legatorum (43, 3)

121) Quippe voce „controversia" non necessario judicium constitutum continetur: cf. supra not. 57.

122) Ceterum id, quod Dernburg p. 65, 66 ad hunc locum adnotat, vix approbandum sit. Sane vidimus, nihil praeter formulae occasionem in proposita specie desiderari, ut praejudicialis exceptio locum habere possit. Interna ratio praejudicialis exceptionis speciei propositae non aliena est: videlicet adest quaedam controversia, quae sola ante hereditatis petitionem in judicationem vocatur et cui hereditaria quaestio cum hereditatis petitione communis est. Aliter censeas, si doctrinam, quam Dernburg de hac exceptione proposuit, teneas. Hic ad admittendam praejudicialem exceptionem desiderat, ut controversiae, per quas hereditati praejudicium fieri prohibeatur, totae in hereditatis petitionem venire possint, adeo, ut, hereditatis petitione antea peracta, non jam postea de illa controversia novo judicio agendum sit. Haec quidem ratio inter compromissarium arbitrium et hereditatis petitionem non intercedit. Hereditatis petitione peracta, nunquam arbitri sententia de singulis hereditariis debitis supervacanea redditur vel excluditur: tantum „interea" ait Paullus „inhibendus est arbiter". Dernburg, ut, quod ita h. l. contrarium suae sententiae praecipi videatur, summoveat, subtilem quandam ponit distinctionem. Dicit, non ipsum quidem, de quo a defuncto compromissum fuerit, debitum in hereditatis petitionem venire posse, at

b) Supra (ad I. 1 b) exceptionem „extra quam in reum capitis praejudicium fiat“ a Cicerone commemoratam allegavimus. Quae exceptio ei opponi dicitur, qui de manu praecisa agere velit privata injuriarum actione. De simillima vero specie invenimus ab Ulpiano (libro 57 ad Ed.) in l. 7 § 1 de injuriis (47, 10) ita relatum:

Si dicatur homo injuria occisus, numquid non debeat permittere Praetor privato judicio legi Corneliae praejudicari? Idemque, et si ita agere quis velit, quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa? Rectius igitur fecerit, si hujusmodi actionem non dederit. Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt judicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quominus et privato agamus. Est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem.[123a] Quid ergo de lege Aquilia dicimus? Nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum? Non principaliter, nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione injuriarum de ipsa caede vel veneno, ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. Quid ergo, si quis idcirco velit injuriarum agere quod gladio caput ejus percussum est? Labeo ait, non esse prohibendum; neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem, quod verum non est, cui enim dubium est, etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?

---

obligationem compromisso standi in hereditatis petitionem deduci. Quaero: si, ut hoc loco praesumitur, arbiter nondum sententiam dixit usque per debitorem factum est, quominus arbitraretur, imo si debitor, compromisso obsequi paratissimus, arbitrum adiit, denique si poena compromissi omnino nondum commissa est, quaenam compromissaria obligatio tandem in hereditatis petitionem veniet? An vero spes poenae committendae? Quin etiamsi postea heredi poena committatur, tamen, quum non defuncto commissa fuerit, ne ipsa quidem unquam in hereditatis petitionem veniet! — Profecto nihil arbitrio compromissariis hereditatisque petitioni commune est, nisi hereditatis quaestio inter easdem partes agitata. Hoc vero sufficit, ut exceptio, si formam omittas, locum habere possit. Quae minime in iis solis casibus admittitur, ubi toto actio de re minore per sententiam de hereditate eliditur. Ne tale quid cum Dernburgio statuatur, illa exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat“, etiam judicio familiae herciscundae objicienda (supra ad not. 34, 66—68), satis dehortari videatur: hereditatis enim petitio minime vicem familiae herciscundae judicii sustinet: l. 7 si pars hered. (5, 4), l. 51 § 1 fam. herc. 10, 2 (supra ad not. 66—68).

123a) Jam sequor emendationem ingeniosam, quam proposuit K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer p. 281, 282 not. 12.

Google

Quaeritur, cur non etiam hic exceptio locum habeat praejudicialis? Ecce enim, hic Ulpianus non secus, ac illic Cicero, de privato judicio, quod futuro cuidam publico judicio praejudicium afferat, explicat, non de privato et publico judicio simul concurrentibus!

Primum vero est animadvertendum, quod eam, quae hoc loco memoratur, prohibitionem actionis solius institutae nequaquam licet comparare cum istis dilationibus actionis minoris simul cum actione majore institutae. Quot locos ad. L 2 enumeravimus, tot pronunciatur, actionem de re minore praetori „sustinendam" vel „differendam" esse, „non permittendum ea experiri, donec de re majore judicetur," vel „rem minorem postponendam esse rei majori", nusquam vero, ut hoc loco, dicitur, actionem de re minore esse „denegandam" vel „prohibendam." Haec verborum distinctio nititur aliqua rei ipsius causaeque diversitate. Videlicet illic quaeritur de duobus judiciis, quorum utrumque, alterum post alterum, admittitur: quaeritur, utrum primum locum obtineat. Hic autem de duobus judiciis quaeritur, quorum alterum altero excluditur. Quaeritur, num omnino alterum locum habeat.

Quam rationem Ulpianus apertissime exponit. Non deliberat, num injuriarum actio, quod homo injuria occisus sit, ante judicium legis Corneliae dari possit, sed num omnino danda sit: num de caede hominis et publico et privato judicio agi liceat.

Ostendit, id non licere. In proposita specie judicio legis Corneliae et actione injuriarum de eadem re actum iri: neque enim hac injuriarum actione, sicut actione legis Aquiliae de damno agi, sed de vindicta, de re, quae publicam habeat animadversionem, cujus ipsius rei causa etiam publicum judicium legis Corneliae comparatum sit. Si vero de eadem re et publicum et privatum judicium praesto est, alterum altero excludi solet neque unquam duplex exigi poena.[123]

123) L 3 de priv. delictis (47, 1), § 10 J. de injur. (4, 4), l. 56 § 1, l. 92 de furtis (47, 2), l. 2 § 1 vi bonor. raptor (47, 8), l. 6 de injur.

Quum vero in ceteris speciebus arbitrio actoris permitti soleat, utra actione agere velit, aliter ab Ulpiano de proposita specie statuitur:[124]) publicae poenae utique privatae injuriae vindictae antecedere debet. Hoc est, quod dicitur praejudicandum non esse privato judicio legi Corneliae.[125])

Haec vis vocis praejudicii minime ab usitata hujus vocis significatione aliena est Videlicet etiam in proposito prohibetur, quominus de qua re ante in minore, quam in majore judicio judicetur. Utrum vero, peracto majore judicio, actio de re minore propter praejudicium prohibita etiam supersit, an consumta sit, nihil interest, quod ad praejudicii significationem attinet. Imo etiam ceteroquin, ubi praejudicialis exceptio locum habet, saepe fit, ut majore judicio accepto minus judicium plane intereat.[126])

Nihilominus, quum saepissime praejudicium ita intervenire dicatur, ut minus judicium post majus etiam intendi possit, sunt, qui hoc quoque loco credant de ordine inter duo judicia, alterum post alterum instituenda, praecipi: quasi, judicio legis Corneliae ob caedem hominis facto, insuper etiam injuriarum actione de eadem caede agi liceat.[127])

(47, 10); cf. l. 3 expil hered. (47, 19), Sueton. Tit. c. 8, i. f — Tantum contra publicanos duplex poena permittitur: l. 9 § 5 de publican. (39, 4), vide Savigny, System V. §. 234 p 251, 252 not. l i — m m, de hac vero universa doctrina imprimis: Huschke, Zeitschrift f. Civilr. und Proz. N F II. p. 187 sqq

124) Similiter in l. 4 § 1 ad leg Jul de vi privata (48, 7) Labeo arbitrari videtur; cf l 35, 45 de injur. (47, 10).

125) Ita interpretati sunt hunc locum etiam Huschke, l. c. p. 193, 194 ibique citati, Brackenhöft, Identität p. 345 sqq. praecipue p. 349, Wetzell § 64 p. 709 not. 38, Huschke, Gajus, Beiträge p. 149

126) Scilicet exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat," quae singularum rerum petitioni obstat, vide Dernburg § 8 et supra not. 122. — Notum est „praejudicare" saepius idem valere, quod „rem judicatam facere" (l 65 de re jud. 42, 1); Planck l. c. p. 190—193, Brackenhöft p. 349 not. 29 Ad tales potissimum species referendum sit illud apud P. Syrum 248 (Rudorff ad Puchta Inst. II. § 171 not a) „Grave praejudicium est, quod judicium non habet"

127) Savigny, de concursu delictor. formali 1800 p. 98, Laist, de praejud p. 23, 24, Planck, Mehrheit p. 282.

Qui viri mihi speciem hoc loco tractatam parum segregare videntur ab alia quadam ratione publicorum et privatorum judiciorum, ab ipso quidem Ulpiano elegantissime distincto: videlicet si privato judicio non principaliter de poena vindictave, sed de damno agitur. Tale, quo quis damnum consequi vult, privatum judicium nunquam publico, quo quis poenam persequitur, excluditur, neque unquam praecipitur quidem, utrum ante utrum instituendum sit.[128] Tantum si quis privatum damni judicium simul cum publico poenae judicio instituere velit, plerumque publicum judicium antecedere debere supra vidimus. Privato damni judicio soli instituto nequaquam praejudicialis exceptio objici potest — quanquam ita vulgo praecipitur — neque omnino ei prohibendo ullum juris remedium inventum est.

Quum ita naturam praejudicialis causae, de qua l. 7 § 1 de injuriis agitur, accuratius cognoverimus, jam perspiciemus, cur non etiam hic, ut in illa specie a Cicerone relata, praejudicialis exceptio locum habeat.

Publice interest, quarum causarum nomine publica judicia comparata sint, de iis publico judicio agi non impediri. Quamdiu haec publica utilitas tantum per exceptionem proponendam reo commendabatur, non satis munita fuerint publico judicia: quippe fieri potuit, ut, privata actione de publica causa postulata, tamen reus exceptione uti nollet. Exceptionis illius „extra quam in reum capitis praejudicium fiat“ a Cicerone memoratae usus oriundus fuerit a pristino

128) § 11 J. de leg Aqu (4, 3), l. 23 § 8 D. eod (9, 2), l. 14 § 1 praescript. verbis (19, 5), l 3 § 6 de tab exhib. (43, 5), l 4 de publ jud. (48, 1), l. 15 de accus. (48, 2), l. un C quando civ et. crim. (9, 31). Cf. Huschke l. in not. 123 cit et in Analect. literar. p. 169 — Itaque conferenti mihi ea, quae supra ad l. 2 c effecta sunt, videtur omnino praejudicium criminali judicio fieri non prohiberi, nisi 1) si simul cum criminali judicio privata actione de damno agitur, aut 2) si privata actione principaliter poena petitur, publico judicio nondum peracto In primis casibus privatae actionis dilatio, in secundis praejudicialis exceptio vel privatae actionis negatio locum habet. Quae si distinctio teneatur, fortasse evanescat, quod Planck § 32 § 34 posterioribus temporibus juris Romani hanc in partem mutatum esse confidit. Quod hoc loco singulatim persequi longum est.

more, quo omnino poenales actiones propius ad privatam curam pertinuerant.[129]) At quo longius postea coeperunt publica judicia a privatae vindictae ratione recedere, eo magis ipsis magistratibus cavendum erat, ne publicae causae praejudicaretur. Accedit, quod quaestio, qualia crimina in actionem injuriarum venire deberent, principaliter praetorii officii erat: certum dicendum erat in jure actori, quid injuriae factum esset, ex qualitateque injuriae praetori aestimandum, an actio dari posset.[130]) Quodsi praetor perspiciebat, talem injuriam objici, qualis nomine potius publicum comparatum esset judicium, ex officio ob utriusque judicii naturam denegabat injuriarum actionem.[131]) Etiamsi nesciamus, fueritne haec certa injuriae designatio demum post Ciceronem Edicto praescripta,[132]) tamen fieri potuerit, ut ratio hujus designationis demum postea latius pateret et ad consequentias produceretur.

Has igitur fere ob causas de eadem praejudiciali causa priore tempore exceptio, posteriore negatio actionis intervenerit.[133]) Huic autem negationi actionis de re minore ante judicium de re majore postulatae nihil commune est cum istis dilationibus actionis de re minore simul cum actione de re majore institutae.

c) Cicero in oratione in Verrem secunda libr. III. c. 65 § 152 narrat, apud L. Metellum praetorem judicium „quod per vim aut metum abstulisset" postulatum fuisse contra Apronium, hominem de coborte Verris ejusque so-

129) De qua conditione antiqui Romanorum juris criminalis cf. Abegg de antiquissimo Romanorum jure criminali comm. prior, Regiom 1823 cap 3 § 23–25, cap 4 § 32, Idem die verschiedenen Strafrechtstheorien p. 22 De antiqua ratione injuriarum actionum vide Huschke, Gajus Beiträge p. 118 sqq.

130) Coll. leg Rom. et Mos. II. 6 § 1–5, l. 15 § 34 sqq de injur. (47, 10), cf. Ga. 4, 60 Huschke, Gajus p. 129

131) L 7 § 1 cit. inter haec injuriae designandae praecepta actionisque dandae aut denegandae deliberationes medias collocata est

132) Cf Huschke, Gajus p 128 Jam Labeo quidem in l. 4 § 1 ad leg. Jul de vi priv. (48, 7) de deneganda ob aliquam praejudicialem causam actione injuriarum statuit· cf. Huschke p. 149, p 128 not. 27*

133) Alias causas ita mutandi juris vide apud Huschke l c. p.149,

cium in diripiendis Siculorum bonis, Metellum judicium non dedisse, quum hoc diceret: „praejudicium a se de capite C. Verris nolle fieri.“ Videamus, num haec negatio actionis secundum regulam a nobis propositam processerit.

Hic quidem non, ut in specie a Cicerone de inventione II. 20 tractata, tale privatum judicium postuletur, quo quoddam publicum judicium futurum excludatur: quippe quum alterum contra alteram personam moveatur. Itaque neque, ut in illa specie, praejudicialis exceptio dari potuit neque data esse proditur.[134] Neque igitur negatio judicii memorata vicem praejudicialis exceptionis, ut in l. 7 § 1 de injuriis modo tractata sustinere potuit. Restat, ut exploremus, num in proposito conditio actionis minoris ex praejudicioli causa sustinenda exstiterit: videlicet num judicium de capite Verris antea praeparatum fuerit, quam actio „quod vi aut metus causa“ contra Apronium apud Metellum praetorem fuerit postulatum.

Haud dubito, quin ita factum fuerit. Successeret enim Verri L. Metellus praetor.[135] Jam vero initio anni, quo Verres de provincia decesserat et Metellus successerat, nomen Verris de pecuniis repetundis delatum et receptum erat, medio jam anno judicium factum.[136] Itaque verisimillimum est, jam pependisse judicium de capite Verris eo tempore, quo illud privatum judicium contra Apronium postularetur. Ergo etiam hoc in casu de sustinendo mi-

134) Quamquam undique de hoc loco ita disputatur, quasi aliquam praejudicialem exceptionem vel praescriptionem contineat: Pienck, p. 213, Rudorff, über die Octavian Formel in Zeitschrift für gesch Rechtsw. XII. p. 154—156, Idem, Rechtsg II. p 118 not. 27, Keller p 173 not 491.

135) Cic. in Verr. V. c. 53—55.

136) Cicero nomine Verris delato (Divinatio c. 3 § 10, c. 4 § 11; cr in Verr. prim. c. 6 § 15) in Siciliam profectus, haud multum ante diem XC. reversus (in Verr. sec. I. §§ 25, 30, 61) causam dixit nonis Sextilibus (in Verr. prim. c. 10 § 31). Unde satis apparet, nomen Verris primis diebus anni delatum fuisse.

uore judinio, quo majori jam praeparato praejudicium fiat, quaeritur.

Etiamsi vero factum fuorit, ut paucis diebus ante noman Verris delatum illa actio postularetur,[137]) tamen decroto Metelli, quo nihilominus propter praejudicium actio denegata est, nihil discriminis afferatur. Nam suspicandum sit, Metellum uon juste decrevisse et magis amicitias Verris indulsisse quam ullam juris necessitatem esse secutum.[138])

Denique uou ignoramus, actionem „quod metus causa“ omnino causa cognita denegari potuisse.[139]) Quocirca oonjicere licsat, etiam hanc uegationem propter uaturam hujus unius actionis factam fuisse.

Itaque omnes, quarum memoria exstat, causae praejudicii prohibendi perlustratae et in illa ambo genera, quae supra proposui, relatae sunt. Probavimus, praetoriam cognitionem inter duo judicia eodem tempore pendentia intercedere, exceptiouem praejudicialem uni soli instituto judicio obstare.

II.

Exceptio et cognitio uon solum ad diversas praejudiciales causas pertinant sed etiam in suis quaeque causis *vario loco* adhibentur.

Praetoria enim cognitio quum ante litem de re minore contestatam, tum *judicio de ea jam suscepto* intercedit.[140])

Coutra praejudimalis exceptio, ut ceterae exceptioues, uou admittitur, nisi *aute litem* de actioue, cui objiciatur,

137) Videlicet Cicero initio l. c. dicit, *adventu* Metelli actionem contra Apronium postulatam fuisse.

138) Proxime quidem judicium de Verris capite praeparatum iri, Metellus certo sciebat, jam Verre praetore Siculi Romae de injuriis Verris conquesti erant: Cic. in Verr. III. c. 18 § 45.

139) L. 14 § 2 quod met. causa (4, 2).

140) L. 24 § 4 de lib. ca. (40, 12), l. 42 pr. de nox. act. (9, 4), l. 7 § 1 i. f. de hered. pet. (5, 3), l. 4 C. de ord. jud. (3, 8), l. 2 C. Theod. ad leg. Corn. de falsis (9, 18). — L. 32 § 10 de recept. 4, 8 (cf. supra

contestatam. Postea tantum per in integrum restitutionem servari poterit. Quin, quum haec exceptio, quod undique comprobatur, dilatoria sit, ne per in integrum quidem restitutionem ex postfacto concedi possit.[141])

III.

Denique effectus est alius cognitionis, alius exceptionis praejudicialis.

Ubicunque praetor propter praejudicii periculum se interponit, rei minoris judicium differtur vel sustinetur, donec de re majore judicetur. Videlicet aut omnino non permittitur interea litem de re minore contestari, aut, si contestata est, judex vetatur interea sententiam proferre.[142])

Exceptio vero opposita nunquam litis contestationem impedit: quin nisi lis contestatur, locum non habet.[143]) Sed neque sententia quidem judicis praejudiciali exceptione differtur, sed hac, ut omni alia, exceptione probata reus absolvitur.

Sunt quidem, qui contra sentiant. Inprimis Planck[144]) conjicit, per praejudicialem exceptionem judici injunctum fuisse, ut sententiam de re minore, donec de re majore judicaretur, differret: hanc quidem dilationem non ultra annum praetoris, qui actionem dedisset, vel ultra annum et sex

---

I. 6a) non, ut Planck p 207 not 6 et Wetzell p. 710 not. 63 censent, huc pertinet. Nihil enim h. l. proponitur, jam cognitionem ab arbitro susceptam esse Neque vero id indicatur, quum dicitur „interea arbitrum inhibendum esse quominus sententiam dicat:“ nam etiam „cogere sententiam dicere“ item valet ac „cogere cognitionem suscipere:“ l. 9 § 3, l. 11 pr § 2 § 4 § 5, l. 13 pr. § 1, 3, l. 15, l. 17 pr. § 1—4 et passim tit. de rec. (4, 8).

141) Ga 4. 125, Keller Civilpr. § 33 i.f. Rudorff, Rechtsgesch. II § 31 not 28

142) Vide ll. ad. I 2 citt. et not. 140 Cum hac dilatione illam actionis negationem in l. 7 § 1 de injur. allatam non esse confundendam, exposui supra ad I. 3 b.

143) Praejudiciali exceptione litis contestationem differri, soli Zimmern III. § 87 et Savigny, System V. p. 177 contendunt. Quae sententia communi consensu reprobata est. Cf. not. 148

144) Mehrheit p. 203, 210

menses procedere potuisse: adeo ut, si demum post hoc spatium de re majore actum et judicatum fuisset, judex de re minore nullam sententiam proferre posset et ita actor causa caderet.

Mitto, si is, qui de re minore egisset, intra ejusdem praetarum de re majore cum eodem reo agere voluisset, id ei omnino non licuisse, exceptione rei residuae obstante. [145]

Mitto, vix in quibusdam causis, quas Planck in exceptionem praejudicialem venisse affirmat, fieri potuisse, ut de re majore intra tale breve spatium judicaretur, puta actiones, iu quibus de statu impuberis quaerebatur, demum post quartum decimum annum finiri licuisse. [146] At nescio, ubi locorum dictum sit, praejudiciali exceptione interveniente judicem juberi sententiam differre. Imo omni exceptione interveniente judex sententiam et probata ea absolutoriam quidem ferre jubetur. Quod aliter de praejudiciali exceptione statutum fuerit, nescimus: quin etiam ipsa actionem „excludi" Gajus prodit. [147]

Tota illa litis contestationis vel sententiae dilatio, quae praejudicii prohibendi causa intervenit, in sola praetoria cognitione iisque causis, quas ad eam pertinere demonstravimus, conclusa est, neque ad praejudicialem exceptionem valet, neque ad praejudicialem praescriptionem, quam olim exstitisse scimus, valuisse videatur. [148]

145) Vide § 3 huj disc.

146) Cf. supra I. 2 a not. 80—94 Planck has Carbonianas actionum dilationes ad eas causas adnumeret, in quibus praejudicialis exceptio locum habuerit. p 210 not. 13

147) L 1 § 1 fam herc. supra ad not 84, Cf. infra cap 3

148) Quod etiam praejudiciali praescriptione interveniente actio consumta fuerit, nunc comprobatur a Planck l c. p. 209, 210, Keller, Civilpr p 175, Pfeiffer, Zeitschrift für Civilr. und Proz. N F XI p. 103—110, contra Zimmern p. 302. Savigny, Syst. V p. 177, Puchta II § 171, Bekker, die prozess. Consumption p 89. — Videlicet etiam hac praescriptione, post litem contestatam, intercedente jam actum erat, una jam per hanc praescriptionem quaeri potuit, num agendum esset. Neque vero fortasse litis contestatio sub conditione fieri potuerit, notumque est illud Javoleni (l. 35 de jud. 5, 1) „— non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in

IV.

Jam, quod initio potissimum ex indole totius rei judiciariae Romanae contra opinionem de praejudicialibus exceptionibus vulgatam effeci, id singulis praejudicii prohibendi causis et modis examinatis atque discretis confirmatum et expletum est. Cognitio praetoria et exceptio propter praejudicii periculum intervenientes utique diversa juris

futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse." Etiam iis quidem praescriptionibus, quae pro actore receptae erant, non quaerebatur, num agendum esset, sed, de qua re ageretur. Nihil alius quaestionis in praescriptionem praejudicialem pro reo receptam deducebatur. — Ideo malim formulam hujus praescriptionis (Ga. 4, 133), cujus verba non integra exstant, ita restituere: „Ea res agatur, quod" quam „Ea res agatur, si in ea re praejudicium hereditati non fiat." — Ceterum non accedendum est sententiae Dornburgii (l. c. §§. 3, 4), quasi per hanc praescriptionem, similiter ac per illas praescriptiones pro actore receptas, causae intentionis divisae fuerint velut per praescriptionem „quod praejudicium hereditati non fiat" hereditariam causam juris in judicium deducti exclusam esse. Quod enim illa praedictio l. 7 § 1 de hered. pet. memorata nihil ad hanc sententiam faciat, supra (not. 65) probavi. Neque verum est, praejudiciali praescriptione integram hereditariam causam ex actione excludi. Imo, quemadmodum ipse Dernburg (§ 10, § 11) demonstrat, nisi cum ipso, qui se heredem esse dicebat, agebatur, licebat etiam in speciali actione de hereditaria causa juris in intentionem deducti probare, neque ita unquam opposita praescriptio praejudicialis nocebat. Quemadmodum vero unquam in actione familiae herciscundae hereditaria causa excludi potuerit, non intelligitur. Denique Dernburg hanc naturam praejudicialis praescriptionis minime etiam exceptioni praejudiciali subfuisse contendit et ita quum totam vim et effectum, quem sua sententia ad hanc praejudicialis exceptionis, de qua potissimum disputat, naturam cognoscendam habeat, ipse aufert, tum inter praejudicialem praescriptionem et exceptionem tantam discrepantiam statuit, quantam fuisse nequaquam verisimile est. — Mihi quidem inter haec duo remedia non internae rationis sed tantum formae diversitas intercedere videtur. Utrumque censeo eandem vim ad rem, quae in judicium deducta fuisset, consumendam habuisse. De verisimili causa, cur haec exceptio olim in modum praescriptionis proposita fuerit, vide not. 164. An vero quum res in judicium deducenda ita per exceptionem vel praescriptionem circumscripta fuerit, specialis actio, quae postea, finita hereditatis controversia, iterum instituatur, consumta fuerit per illam priorem actionem, has de re hoc loco disceptare mitto.

instituta sunt. Cognovimus eas in disparatis causis, diverso modo et cum diverso effectu locum habere.

Ita tandem praejudiciorum doctrina expediri potest dubiis, incertis et discrepantibus regulis, quibus adhuc uberrima fuit, tam uber, ut vix unquam judici, quid sibi sequendum esset, liquere potuerit. Sane difficile erat, contrarias de utroque instituto repertas regulas in unum cogere, ita, ut se non invicem tollerent! Pauca sufficit exhibere exempla.

Planck[149]) profitetur:

Das dritte Erforderniss für die Gestattung der praescriptio ist die Voraussetzung, dass die major causa noch nicht anhängig gemacht worden sei.

Wetzell:[150])

Unter allen Umständen aber hat der Verklagte darzulegen, dass die Sache, um deren vorgängige Entscheidung es sich handelt, entweder schon eingeleitet sei, oder doch in jedem Augenblick eingeleitet werden könne.

Haec, quum de uno eodemque juris remedio dicta sint, mirum quantum inter se pugnantia ad rectam rationem revocabuntur, si alterum de altero juris remedio dictum intelligas, illud de praejudiciali exceptione, hoc de praetoria praejudicii prohibitione.

Deinde praecipi solet, praejudicialem exceptionem ei soli obstare, qui ipse de re majore agere possit; uno vero tenore non negatur, quin haec regula quam saepissime negligatur.[151]) Denique dictitatur, praejudiciorum prohibitionem liberrimo magistratuum arbitrio permissam fuisse.[152])

Hae multae, quae de praejudiciali exceptione exortae sunt, varietates et controversiae[153]) de medio removentur,

149) Mehrheit p. 216

150) Neque improbat, imo laudat Planckii sententiam (System p. 711). Not. 64.

151) Planck p. 211—213, Wetzell p. 712.

152) Planck p 177, 205, 206, 247, 250 cf 552, 553.

153) Quemadmodum jam Justinianus de doctrina, quae de praejudiciali exceptione proferretur, questus est: 1 12 pr. C de hered pet. 3, 31 Vereor autem, ne memoria formularum judiciique et magistratus officiorum discernendorum obscurata jam Justiniano haec doctrina obscurior visa fuerit, quam erat.

istis duobus institutis recta distinctis. Nihil jam nimii praetorum arbitrii libari relinquitur, nihil, quod incertum de persona, quibus praejudicii probibitio noceat, statutum sit.

Dilatio actionis de re minore institutae intervenit, si simul judicium de re majore motum est, cui aliqua quaestio cum illa re minore communis est. Tum varo haec dilatio in multis et variis, quascunque supra (I. 2) percensuimus, speciebus locum habet. Nihilque interest, utrum inter easdem personas, an ab alio, atque actore vel contra alium, atque reum etiam altero judicio agatur.[154]

Contra exceptio admittitur uno solo judicio instituto. **Impellit actorem ad alterum movendum**, quod nondum motum est, sed moveri poterit.

Consequens est, ut exceptio non admittatur nisi **ipse** actor contra eundem reum altero judicio agere poterit. Iniquissimum enim esset actorem cogi exspectare, donec extraneo alicui vel etiam reo agere liberet, vel donec ipse contra extraneum agere posset. Qb tales cum **extraneo** instituendas actiones nulla praejudicialis exceptio comparata est.[155]

Sed non minus iniquum esset, omnes impadiri actiones, in quas aliqua quaestio veniret, ulli actioni rei majoris, de qua actor agere aliquando poterit, communis. Quod si, ut assolet, generaliter praecipitur, haec fere sequentur. Plurimae actiones in partes scinderentur, velut confessoris, hypothecaris, pignoraticis, usurarum petitio, actio communi dividundo, multae poenales actiones, quae damnum persequuntur.

---

154) Vide supra I. 2 ad not. 72, 82—86, 105—107, passim not. 111—114, I. 3 c. Species, in quibus praejudicii causa actio minor non differtur vide I. 2 not. 72—79, 112, 113, cf. l. 47 pr. fam. herc. (10, 2)

155) In l. 25 § 17 de hered. pet. (5, 3) tantum successori rei adaptatur exceptio, de quo loco v. **Planck** p. 214 sqq., **Dernburg** § 9. Tantum si reus, cui actio de re majore competit, eam statim, ante datam actionem rei minoris, postulat, actio de re minore — quum hic duo judicia simul concurrant — ab ipso praetore differtur, si quidem animadvertit, eandem quaestionem utrique judicio communem esse: vide quae supra I. 2 ad l. 51 § 1 fam. herc. tractata sunt cf. **Planck** p. 212, **Wetzell** p. 711 i. f.

Quae quidem omnes actiones aliquam quaestionem, velut dominii, sortis debitae, criminis continent, cujus nomine proprium et id quidem majus constitui potest inter easdem partes judicium. Sed quod vetitum fuerit, occasione istarum actionum de jure majore probare, ignoramus: imo per formulae intentionem talis probatio utique exigebatur.

Paucorum quorundam judiciorum causa praejudiciales exceptiones comparatas ICti Romani tradunt: **hereditatis petitionis et fundi vindicationis.**

Neque vero **hereditatis** quidem **petitioni** per exceptionem succurritur in omnibus litibus, in quibuscunque de hereditario jure alterius partis disceptatur, sed tantum, si quis eandem causam, quae in hereditatis petitionem venire potest, per aliam actionem persequitur. Exceptio „quod praejudicium hereditati non fiat" non admittitur, nisi haec duo eveniunt: quod in alio genere judicii uterque litigatorum sibi hereditatem vindicet et quod reus hereditatem vel hereditatis partem ab actore petitam possidet.[156] Si actor per tale judicium quid ex hereditate obtineat, non solum hereditaria quaestio huic judicio cum hereditatis petitione communis est, sed etiam ipse effectus:[157] alio genere judicii de hereditatis petitione judicatur, hereditatis petitio evitatur.

156) Quod ex locis in not. 56 citatis efficitur: vide **Dernburg** § 6 sqq. — Actioni, in qua tantum de alterius partis jure herediiario ambigitur, quum hic hereditatis petitioni locus esse non possit (l. 42 de her. pet. 5, 3) praejudicialis exceptio non obstat: vide supra I. 2 not. 72, 77. In casu l. 25 § 17 de her. pet. inter hereditatis petitionem et successorem possessoris hereditatis agitur; de quo loco cf. **Planck** et **Dernburg** ll. in not. 155 citt. — Neque unquam exceptio locum habet, si actor id, quod ex hereditate petat, ipse possidet: quod in rei vindicatione et debiti petitione planum est, de judicio vero familiae herciscundae saepius statuitur l. 1 § 1 fam. herc. (supra not. 34) l. 1 § 2 si pars hered. (5, 4) cf. supra I. 2a ad l. 51 § 1 fam. herc.

157) Singularum rerum vel debiti hereditarii petitione pars hereditatis aufertur. Neque aliter res se habet in familiae herciscundae judicio a non possidente herede instituto. Videlicet adjudicanda parte hereditatis petitor aeque ac per hereditatis petitionem, quod suum est, ex hereditate aufert. Unde non sufficit, in familiae herciscundae judicio tantum de hereditario jure inter partes disceptari. Ob hanc unam cau-

Digitized by Google

Quod ipso quidem jure concessum erat, quoniam in unoquoque judicio quaelibet incidentes quaestiones, licet de hereditate essent, dirimendae erant. At complures causae concurrebant, ex quibus Romanis iniquum esse videbatur, „per alios tramites vias hereditatis petitionis infringi", velut auctoritas centumviralis judicii et natura universalis hereditatis petitionis, non in partes distrahendae neque in discrimen variarum sententiarum adducendae. [158])

Ob has fere causas speciales actiones et familiae herciscundae judicium per exceptionem „quod praejudicium hereditati non fiat" excludebantur.

Huic exceptioni accedit simillima „quod praejudicium praedio non fiat" sive „quod praejudicium fundo partive ejus non fiat." Una species, in qua haec exceptio reo utilis sit, ab Africano relata est: [159]) scilicet si quis viam petat sibi debitam ad fundum a reo possessum, de cujus dominio inter partes controversia est. Ut supra, singulis rebus petitis, via hereditatis petitionis, ita hoc casu, servitute petita, via rei vindicationis infringetur. Nam non solum, quemadmodum Africanus adnotat, petitor servitutis probaturus est, praedium suum esse, id est non solum eadem dominii quaestio in utrumque judicium veniet, sed etiam quodammodo idem utroque judicio actor auferet. Partem enim quandam do-

---

eam exceptio non nocet. l. 1 § 1 fam herc „quod si possideat (sc. actor) eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio, quo fit, ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit." — In his vero duabus causis tota ratio exceptionis „quod praejudicium hereditati non fiat" conclusa est, neque fortasse accedat ea causa, quod alterum judicium hereditatis petitione excluditur Quod licet nonnunquam locum habeat, tamen non necessarium est, ut ipsum judicium familiae herciscundae demonstrat, cf quae supra not 122 contra Dernburg disputata sunt

158) L ult pr C de hered pet (3, 31), l. 5 § 2 D eod. 5, 3 („Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus judicii fieri debeat") Cf Dernburg l c § 1 § 2, Brinz, Pand. p 702, Wetzell, Syst. § 64 not. 50, Vangerow, Pand II § 505

159) L 16 de exc. (44, 1) (vide ad not. 16) In l 18 eod non explicatur, in qua specie haec exceptio locum habeat, sed in qua non habeat: L 1 d.

minii consecuturus est: viae restitutio inanis erit, nisi ad ipsum praedium tamquam suum actori accedere permissum erit. Hic ut illic natura universalis actionis atque, ut illic auctoritas judicii centumviralis, ita hic gravitas judicii ad tuenda praediorum dominia reperti adduxerit, ut vetaretur praejudicium fieri praedii vindicationi.

De ratione exceptionis „extra quam in reum capitis praejudicium fiat" temporibus Ciceronis usitatae supra ad I. 3 b exposuimus. Hic eadem quaestio in utroque judicio adeo versatur, ut alterum altero excludatur. Hic quidem est auctoritas publici judicii, propter quam privatum impediatur: „non enim oportet in recuperatorio judicio ejus maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praejudicium fieri." [160])

Itaque patet, praejudiciales exceptiones certis quibusdam causis concessas, e paucarum actionum singulari natura enatas esse, quas non alio genere judicii evitari licere, propter aliquam utilitatem receptum erat. Neque vero hoc singulare jus ad consequentias producendum est.

Sunt quidem aliae causae multae et variae, in quibus dicitur aliquod praejudicium fieri prohiberi. Atenim id locum non habet, nisi si duo judicia simul postulantur vel alterum altero pendente. Quantum vero interest inter has et illas causas! Sane diversa ratio est, utrum magistratus ex officio videat, quinam ordo aptissime servetur judicandi inter duo judicia simul sponte instituta, an quaeratur de uno judicio non nisi rei voluntate excludendo cogendoque actore, ut alterum judicium instituat.

Ergo minus licet, utrasque causas confundere iisque speciebus, in quibus alterum duorum concurrentium judiciorum propter praejudicium differtur, praejudicialis exceptionis vel praescriptionis vestem induere, adeo ut plurimae generales, juri Romano alienae, effingantur exceptiones „quod praejudicium judicio publico, de testamento cognituro, libertati non fiat." [161]) Minime vero indulgendum est, quod

160) Cic. de inv. II. 20 § 60.

161) Multo vero minus licet statuere, quod exceptio praejudicialis intervenit, ubicunque periculum est, ne sententia de re minore lata judi-

quaedam generalis proferatur exceptio „quod praejudicium rei majoris pecuniae fiat.“ Nusquam generaliter praeceptum est, ut actio de re minore propter futurum de re majore judicium inhibeatur.

Quicunque loci generaliter de praejudicio prohibendo statuunt, pertinent ad causas, in quibus non exceptio, sed in quibus praetoria cognitio intervenit: videlicet in quibus de duobus judiciis simul pendentibus quaeritur: l. 54 de jud. 5, 1 — Paullus libr. 1 Sentent:

Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet, major enim quaestio minorem causam ad se trahit.

L. 21 de exc. 44, 1 — Neratius libro 4 Membranarum:

Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, quum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori.[163])

Non solum his locis nihil de praejudiciali exceptione exprimitur, sed etiam inscriptio utriusque legis non movet, ut credamus, in iis de ulla exceptione agi Prima lex etiam in Digestis eo loci posita est, ubi de judicio constituendo actionibusque dandis vel denegandis tractatur. Altera quidem in titulum de exceptionibus relata est: at novimus, etiam ceteras quasdam huic titulo alienas leges injunctas esse.[169])

---

eum apud quem postea unquam de re majore agendum erit, commoveat vel ejus judicium praeoccupet (Planck l. c. § 26—28) Ne praetoria quidem cognitio ob hanc causam inter duo simul instituta judicia intercedere videatur.

162) Aeque generaliter de praejudicio per praetorem prohibendo statuitur in l. 4 de in integr rest. (4, 1), l. 104 de regulis juris (50, 17 — Ulpianus libro 2 ad Ed. — vide supra I. 2 d.)

163) L. 12 (cf. Bülow de praejud. form. p. 35, 36), l. 17 h. t (cf. supra not. 57). — Etiam dictiones in l. 54 et l 21 citt. adhibitae minime videntur ad exceptionem praejudicialem respicere. „majori cognitioni praejudicium fieri non oportere“ similiter ac in l. 7 pr de hered. pet. dictum est „ne praejudicium de testamento cognituro faciat“, ubi de praetoria cognitione agitur. In l. 21 de exc vero non de re minore in judicium deducta, sed de deducenda quaeritur (— „quum ea quaestio in judicium deducitur“ —). Similiter „in judicium venit“ dictum est in l 11 § 2 de jurisd. (2, 1), ubi aeque de actione danda, non de data quaeritur

Cap. 3.

Jam effectum est, quod mihi potissimum hac dissertatione probandum proposui: praejudicialis exceptio non ad ordinem judicii, sed ad ipsam rem in judicium deductam pertinet.

Adhuc quidem omnes contrarium statuunt. At haec sententia enata est e contemplatione earum praejudicialium causarum, quae in solam praetoriam cognitionem venerunt. Ubi duae actiones simul instituuntur et praetor, ut ordinem judicandi inter eas statuat, alteram interim non dat vel sustinet vel de ea sententiam differri jubet, nemo dubitabit, quin de ordine judiciorum constituendo agatur. Nimirum proprii in Codice propositi sunt tituli „de ordine judiciorum" (3, 8) et de „ordine cognitionum" (7, 19), in quibus maximam partem de istis actionum dilationibus edicitur. Quae quum perperam putatae sint in formam praejudicialis exceptionis venisse, fieri non potuit, quin illa opinio inveteraret.

At non jam est ulla hujus opinionis ratio, ex quo illae praejudiciales causae forma exceptionis exutae sunt. In veris praejudicialibus exceptionibus non de ordine inter duo judicia eodem tempore pendentia observando, non de sustinendo altero quaeritur, sed de prohibenda aliqua judicis condemnatione, efficienda absolutione. Etiam praejudiciali exceptione ipsa actio et id, quod in intentionem condemnationemve deductum est, excluditur. Etiam hac exceptione non secus ac ceteris id agitur, ut singularis quaedam species, quae ipso jure verbis formulae continetur, ex actione condemnationeque eximatur.

Ipso jure ex hereditaria causa rem hereditariam a possessore hereditatis vindicare potes: videlicet petitoria formula quamlibet causam dominii probandi, etiam hereditariam, recipit. Sed exceptione „si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat" ita mutatur formula, quasi omnino non ex tali causa res vindicari possint: haec species rei vindicationis excluditur. — In familiae herciscundae judicio, etiam si quis suam hereditatis partem non possidcat, tamen liberum ei est, de suo jure hereditario pro-

bare. Sed illa exceptione inserta formulae talis modus imponitur, ut familiae herciscundae judicium in hoc casu non competat. Quam exclusionem actionis ipso jure competentis Gajus in l. 1 § 1 fam. herc. apertissime ita describit:

> Quae quidem actio (sc. familiae herciscundae) ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet, sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem „si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat."

Similis ratio est omninum, quascunque praeterea novimus, praejudicialium exceptionum.

Nescio, quaenam alia sit vis ceterarum exceptionum, quotquot constat ad ipsam causam in judicium deductam pertinere. Certe iis quoque singularis quaedam species, quae ipso jure in condemnationem veniat, excluditur. Exempli gratia: si decem dolo malo stipulatus sum, ipso jure decem condicere possum: doli exceptione efficitur, ne haec dolosa stipulatio ad condemnationem valeat, id est, ne huic casui condictio utilis sit.

Interest quidem aliquid inter praejudiciales et reliquas exceptiones. Solet enim nomine speciei per exceptionem exclusae non etiam ulla alia actio comparata esse. Puta stipulatio dolo malo facta, quae in condictione per exceptionem doli infirmatur, non potest insuper in aliam figuram actionis deduci. Itaque exceptionibus solet non solum certa quaedam formula actionis evitari, sed etiam tota res ipsumque jus, quod actor sibi competere dicat, peremtum videri.

Alia vero est ratio praejudicialium exceptionum. Heredi, qui suam partem hereditatis non possidet et a possessore hereditariam controversiam patitur, vice rei vindicationis vel familiae herciscundae judicii praesto est hereditatis petitio. Qui non per viae petitionem quendam usum fundi a reo possessi recuperare potest, ei licet fundum vindicare. Is, qui de occiso homine vetatur injuriarum agere, non a publico judicio prohibetur. Itaque omni praejudiciali exceptione non negatur, omnino ullum jus actori competere, sed negatur, actori unam speciem actionis, qua uti

vult, competere: **non ipsum jus infirmatur, sed quidam „tramites" juris persequendi, quoddam „genus judicii" evitatur.** Sed hoc singulari effectu, [164]) extrinsecus accedente, non natura ipsa hujus exceptionis alia ac ceterarum redditur, minimeque ob hanc causam negandum est, praejudiciales exceptiones ad ipsam causam in judicium deductam pertinere.

Notum enim est, [165]) apud Romanos unumquodque jus in certas actionis formam venisse neque ad condemnationem produci potuisse, nisi quatenus in quandam actionis speciem referretur. Judex, qui vel certissime cognovisset, actori aliquod jus competere, sed non ipsum, quod formula intendebatur, tamen ei illud aliud jus addicere non potuit. Judici non quaerendum erat, an aliquod jus, quod in ullam actionem venire posset, actori competeret, sed an tale, ut in actionem institutam veniret. Neque praetor unquam ante judicium constituendum actori praestituebat, qua actione uti deberet, sed judicii disceptandum erat, an actor tali actionis formula usus esset, ut idonea esset speciei sibi ad judicandum propositae. [166]) Rectae actionis usus ad ipsum jus judici probandum necessarius erat. Qui non idonea actione usus erat, non videbatur omnino non egisse, sed, ut qualibet alia causa juris probandi cessante, rem amittebat ac causa cadebat.

Ergo etiam si per exceptionem, velut praejudicialem, quaerebatur, num recta formula actum esset, non de ordine judicii constituendo judiciove rescindendo, sed de jure ipso probando vel reprobando quaerebatur.

Liberata quidem hodie sunt jura actionum formularumque vinculis. At videamus, ne non etiam usque ad hodiernum ratio praejudicialium exceptionum ipsum jus actoris

---

164) Cujus causa factum fuerit, ut olim haec exceptio etiam in singularem formam praescriptionis veniret. Cf supra not. 148.

165) Cf. **Windscheid**, die Actio des röm. Civilr., praecipue § 1

166) Quae quidem apertissima res adhuc multis in partibus negligitur, quum formulae plenius hodierno decreto probationis ordinandae causa interposito aequiperari soleant. Cf. supra not 39.

contingat. Remotis enim actionum distinctionibus illud, quod per praejudiciales exceptiones cavetur, ita fere exprimendum sit:

Non singulas res hereditarias licet ab hereditatis possessore petere ex hereditaria causa, sed tantum universam hereditatem. — Non licet ei, qui suam hereditatis partem nondum possidet, desiderare, ut inter se et hereditatis possessorem, qui illum coheredem esse negat, res hereditariae dividantur. — Is, qui fundum, ad quem sibi viam deberi contendit, non possidet, vetatur ab eo, qui istum fundum quasi suum possidet, exigere, ut sibi viam utendam permittat. — Si quis quem injuria occidet, non poena injuriae, sed legis Corneliae tenetur.

Neque igitur mutatus ordo judiciorum obstat, quominus ratio praejudicialium exceptionum etiam in hodierno jure duret. Etiam universalis natura hereditatis petitionis praediique vindicationis, licet forma harum actionum evanuerit, tamen ipsa remansit. Neque dubito, an non ratio harum exceptionum etiam locum habeat, ubicunque de injuria, quae potius publicam animadversionem habeat, privata actione agatur. Haec quidem prohibitio privatae injuriarum actionis, ut jam Ulpiani tempore, etiam hodie magis ad judicis officium, quam rei arbitrium pertinebit.

Itaque etiam in hodierno jure praejudiciales exceptiones ad ipsa jura respiciunt atque de his exceptionibus ibi, ubi de juris civilis principiis praecipitur, tractandum est.

Contra sola ea prohibitio praejudicii, quae inter duo simul instituta judicia generaliter intervenit, ad ordinem judicii respicit deque ea sola ibi, ubi de ordine judiciorum traditur, explicandum est.

---

167) Adhuc solet de utrisque praejudicialibus causis tractari et ab iis, qui de ordine judiciorum et ab iis, qui de jure civili praecipiunt.

Corrigenda.

p. 25 not. 58 lin. 1, lege: utramque
p. 32 lin. 3, lege: quidquam.

99 933592

7
GEN
64



